

tostante. Dal raffronto tra le fonti esaminate, tuttavia, non sempre emergono elementi sufficienti per affermare la piena e lucida consapevolezza di tale distinzione concettuale.

È perciò il contemperamento tra le due linee-guida segnalate (svolta verso un drastico contenimento dei tempi processuali, e progressiva definizione delle due nozioni di 'estinzione del giudizio' e 'prescrizione dell'azione') ad apparire più coerente con lo spirito del sistema giustiniano fin qui esaminato.

Di rilievo, sul punto, l'ipotesi prevista da una Novella giustiniana del 537<sup>48</sup>: con riguardo alle cause di primo grado promosse in una provincia diversa, rispetto a quella in cui risiedeva il convenuto, si stabilì che se l'attore non fosse comparso entro dieci giorni dall'arrivo in provincia del convenuto, quest'ultimo, previa dimostrazione della scadenza del tempo fissato e dell'inutile decorso dei dieci giorni, sarebbe stato ammesso a giurare l'ammontare delle spese sostenute: si verificava, pertanto, «decadenza dell'attore dalla domanda introdotta, ma senza pregiudizio della possibilità di riproporla»<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Nov. 53.1.

<sup>49</sup> U. ZILLETI, *Studi*, cit., 65.

## **LA PERDITA DELL'AZIONE CIVILE PER DECORSO DEL TEMPO NEL DIRITTO ROMANO. PROFILI GENERALI\***

### **CAPITOLO I**

#### **LA NOZIONE DI 'PRESCRIZIONE ESTINTIVA' NEL DIRITTO ROMANO. PRECISAZIONI CONCETTUALI E TERMINOLOGICHE**

1. Distinzione tra le nozioni di: prescrizione, decadenza, estinzione del giudizio
2. Distinzione tra le nozioni di: 'prescrizione estintiva' (perdita dell'azione per decorso del tempo), 'prescrizione acquisitiva' (usucapione), immemorabile
3. La perdita dell'azione nella terminologia dei testi giuridici romani
4. Le origini della prescrizione estintiva

### 1. Distinzione tra le nozioni di: prescrizione, decadenza, estinzione del giudizio

Oggetto di questa indagine è la ricostruzione dei profili storici della perdita delle azioni civili per decorso del tempo.

Il percorso ricostruttivo attraverso il quale si snoderà l'esame della prescrizione estintiva può rivelarsi in qualche punto complesso. La difficoltà della trattazione è costituita dalla mancanza, nell'esperienza giuridica romana, di una configurazione unitaria della problematica all'esame, con conseguente assenza, nelle fonti a nostra disposizione (opere giurisprudenziali e compilazioni tardoantiche) di una esposizione organica della materia. Tali caratteristiche si spiegano facilmente: l'istituto della prescrizione generale delle azioni non è una figura genuinamente romana, perché affonda le sue radici, per il tramite della *longi temporis praescriptio*, nell'ambito – geografico e culturale – delle province orientali. Alla materia 'giovane' della perdita dell'azione è dunque mancato il prezioso lavoro plurisecolare della giurisprudenza romana, la dialettica sviluppata dalle sue controversie, la decantazione delle problematiche attraverso la paziente opera di sistemazione caratterizzante l'età severiana.

che gli fosse riconosciuto il potere di accertare d'ufficio l'avvenuta perenzione, qualora le parti avessero tentato di continuare la causa oltre lo scadere del triennio). L'istanza perenta non comportava estinzione del diritto (a differenza della prescrizione): il processo non poteva essere riassunto (a meno che il giudice non decidesse di dare luogo a processo contumaciale), ma l'azione poteva essere nuovamente promossa.

Si evidenzia così, da parte dei giustinianeî, la percezione – benché forse ancora alquanto nebulosa – di una distinzione concettuale, sottesa alle due disposizioni: quella tra 'prescrizione dell'azione giacente' e 'perenzione della lite' (o, con linguaggio più attuale, 'estinzione del giudizio'). Le regole operative sancite da Giustiniano presuppongono tale acquisizione dogmatica: la 'perenzione' triennale estingueva il giudizio, ma non il diritto di riproporre l'azione entro il lungo termine trentennale concesso (decorso il quale, però, la prescrizione dell'azione avrebbe comportato l'estinzione del diritto all'azione), mentre la prescrizione trentennale dell'azione mai promossa produceva estinzione del diritto e la prescrizione quarantennale dell'azione intentata e poi abbandonata implicava, al tempo stesso, estinzione del giudizio e del diritto sot-

L'assenza di un chiaro coordinamento tra le disposizioni potrebbe addirittura suggerire una antinomia. Ma una valutazione più approfondita delle due norme consente di spiegare compiutamente l'apparente contraddizione, nell'ottica di un contemperamento tra le precedenti disposizioni di Teodosio, e le misure successivamente prese da Valentiniano III, al fine di arginarne alcune applicazioni 'patologiche'. Il rapporto tra le disposizioni giustiniane del 529 e del 530 si può allora ricostruire in questi termini: il sistema giustiniano prevedeva, in ordine alla lite abbandonata (per inattività bilaterale, perché l'inerzia unilaterale determinava i diversi effetti riconducibili al processo contumaciale), l'applicazione della disciplina del 529, ossia la prescrizione quarantennale dell'azione abbandonata in corso di giudizio (attingendo dalla *lex Properandum* solo la regola per cui la prescrizione decorreva dall'ultimo atto del processo abbandonato), mentre il termine triennale era solo perenzionale (a meno che non fosse giunto a compimento il processo contumaciale). L'effetto della perenzione (che si verificava dopo un triennio dalla *litis contestatio*) risultava così ricondotto esclusivamente all'impulso ufficiale: il giudice era invitato a non lasciarsi sviare dalle *tergiversationes* dei litiganti (e deve ritenersi

Quale conseguenza della mancata costruzione di un istituto unitario, si registra anche l'assenza di una 'terminologia tecnica', e quindi costante, nella qualificazione della 'perdita dell'azione per decorso del tempo', intesa come fenomeno giuridico ben individuato, e perciò stesso 'isolato', rispetto a fattispecie ad esso affini, ma non assimilabili. Si impongono, pertanto, due ordini di precisazioni: una concettuale, una terminologica.

Cominciamo dalla prima. Si intende, per 'prescrizione dell'azione', o, più correttamente, per 'perdita dell'azione per decorso del tempo', la perdita della possibilità di esercitare l'azione, non, però, per il venir meno della legittimazione attiva al suo esercizio, bensì per la sua «neutralizzazione attraverso l'opposizione, da parte del convenuto, di una *exceptio*»<sup>1</sup>. Una caratteristica, questa della realizzazione processuale, che indusse i Glossatori a defini-

---

\* La pubblicazione è stata interamente finanziata con i fondi PRIN 2006, nell'ambito del progetto *La rilevanza del tempo nell'esercizio dei diritti: prospettive nazionali e sovranazionali e radici storiche della prescrizione*, dall'unità di ricerca costituita presso il Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni dell'Università di Salerno.

<sup>1</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 7 s.

re la prescrizione generale delle azioni in questi termini: «*praescriptio est exceptio ex tempore substantiam sapiens quae actioni personali vel in rem opponitur*»<sup>2</sup>. Occorre inoltre tenere presente che la nozione di 'perdita dell'azione per decorso del tempo' fa riferimento – fatte salve alcune (forse solo apparenti) eccezioni, riscontrabili nell'ultima fase dell'età imperiale<sup>3</sup> – ad azioni non ancora intentate. Una costante attenzione per queste peculiarità – e veniamo con ciò alla precisazione concettuale – può consentirci di non confondere la prescrizione dell'azione con figure affini.

Tra queste vi è la decadenza, figura per la quale il diritto romano non conio neppure una terminologia specifica, benché proprio ad alcune regole romane si sia ispirata l'elaborazione moderna sull'istituto in oggetto. L'isolamento della nozione di 'perdita dell'azione per decorso del tempo', rispetto alla 'deca-

<sup>2</sup> Cfr. BALBUS, *De praescriptionibus*, in ZILETUS, *Tractatus universi iuris*, XVII, Venetiis, 1584, 53.

<sup>3</sup> Nel Tardoantico si configurò anche una 'prescrizione' dell'azione esperita, ma rimasta giacente; la disciplina pare doversi ricollegare alla nuova efficacia della *mors litis*, che estingueva la lite, senza però impedire il rinnovato esercizio dell'azione. Tale figura sembra comunque più correttamente accostabile alla nozione moderna di decadenza: vd. *infra*, in questo §.

derarsi definitivamente perduta la possibilità di una ripresa di attività»<sup>47</sup>.

In definitiva, la perdita del diritto di riproporre l'azione si verificava con certezza, nel diritto giustiniano, solo quando l'attore abbandonava la lite e il convenuto veniva assolto a seguito di un processo contumaciale. Tale provvedimento era da intendersi come definitivo, in quanto l'attore non poteva riproporre l'azione, né interporre gravame.

Va ribadito, però, che Giustiniano si espresse tutt'altro che chiaramente circa gli effetti conseguenti alle sue disposizioni, specie in ordine ai rapporti tra prescrizione dell'azione ed estinzione del giudizio. Si deve ritenere che la 'perenzione' non pregiudicasse (fatte salve le segnalate eccezioni) il diritto di riproporre l'azione entro il termine, considerevolmente lungo, previsto per la prescrizione, con decorrenza dall'ultimo atto giudiziale. Ma, in realtà, il rapporto tra la prescrizione quarantennale dell'azione giacente (disposta con C. 7.39.9 e C. 7.40.1.1e) e la fissazione di un termine triennale *post litem contestatam* per la perenzione della lite (C. 3.1.13) non venne esplicitamente scolpito dal legislatore.

<sup>47</sup> U. ZILLETI, *Studi*, cit., 71.

poteva in qualche caso riproporre l'azione?). Tuttavia, dal § 2 ci risulta che l'azione, una volta abbandonata dall'attore, non era più proponibile quando aveva luogo il processo contumaciale. Per fare chiarezza sul punto, occorre sottolineare che veniva fatta salva la possibilità, per il giudice, di far proseguire, in certi casi, come si è esposto, il processo come contumaciale: in tale ipotesi (sufficienza di elementi per addivenire ad una pronuncia nel merito) il processo veniva riassunto, e l'azione non sarebbe stata ovviamente riproponibile dopo la conclusione del processo. Ma, di regola, la conseguenza dell'abbandono della lite da parte dell'attore era costituita dall' 'assoluzione del convenuto dall'osservanza del giudizio', (con condanna dell'attore alle spese), quando cioè gli elementi acquisiti si rivelavano insufficienti a fondare una pronuncia nel merito; e, in questo caso (§ 2a), è possibile che all'attore fosse riconosciuto il diritto di riproporre l'azione. Dunque, in buona sostanza, era rimessa al giudice l'alternativa fra decisione nel merito e *absolutio ab instantia*, con la conseguenza ulteriore che dipendeva dalla valutazione del giudice anche se dovesse «consi-

denza', è comunque successiva all'esperienza giuridica romana (risalgono infatti ai maestri medioevali e soprattutto agli autori della prima età moderna, tra cui specialmente Donello, i primi elementi della teoria della decadenza), e presenta, per gli interpreti contemporanei, non poche difficoltà.

A partire dal 1900, in Germania non sussistono molte incertezze sul punto, dal momento che dall'entrata in vigore del BGB si è fatta sufficiente (ma non totale) chiarezza sul punto: il codice civile qualifica infatti la prescrizione con il termine 'Verjährung', e la decadenza con il vocabolo 'Ausschlussfrist' ('termine esclusivo'), cui si affiancano le nozioni di termine ('Frist') e di decorrenza ('Ablauf'). In Italia, il diritto civile previgente conosceva una nozione solo dottrinale di decadenza, sulla scia del diritto francese, e quindi, in assenza di una distinzione tra prescrizione e decadenza operata legislativamente, la linea di demarcazione tra le due figure veniva colta dagli interpreti, attraverso l'esame delle singole disposizioni; ma poi, una volta abbandonato il modello francese e assunto quale punto di riferimento la sistematica del BGB, il legislatore italiano del 1942 ha reso la decadenza istituto del diritto positivo, disciplinando tale figura agli artt. 2964 ss. del codice civile.

Sebbene il concetto di decadenza (come modo – non generale – di estinzione dei diritti), in Italia non sia stato normativamente designato in maniera del tutto coerente (per es., si vd. gli artt. 350 e 2382 cod. civ.), non mancano elementi per delimitarlo rispetto alla prescrizione (modo – generale – di estinzione dell'azione e del diritto), in base alla disciplina agli artt. 2934 ss. cod. civ. vig. Al riguardo, si afferma comunemente che la prescrizione trova, a differenza della decadenza, la sua fonte esclusivamente nella legge; che la prescrizione presuppone un diritto già acquistato e che si perde con il mancato esercizio, laddove la decadenza riguarda il diritto che si può acquistare solo agendo entro un certo tempo; inoltre, che la prescrizione colpisce direttamente l'azione e solo indirettamente il diritto, mentre la decadenza incide in modo immediato sul diritto (assoggettato a un termine, e reso di breve durata). Alcuni di questi parametri paiono tuttavia assai discutibili. L'ultima distinzione, in particolare, è oggi difficilmente condivisibile, di fronte al dettato dell'art. 2934 cod. civ., che, sancendo l'estinzione di ogni diritto per prescrizione, ha visibilmente inteso troncare l'antica disputa – di cui a breve – se oggetto dell'istituto fosse l'azione o il diritto,

sposizioni di carattere coercitivo nei confronti del convenuto contumace.

Si stabilì, pertanto, che, a seguito di una triplice chiamata dell'attore senza risultato, il giudice dovesse assolvere il convenuto 'dall'osservanza del giudizio' (*ab observatione iudicii*) e condannare l'attore alle spese, se gli elementi acquisiti erano insufficienti (il giudizio si estingueva, ma verosimilmente l'attore conservava il diritto di riproporlo); oppure, in caso contrario (sussistenza di elementi sufficienti a fondare una pronuncia nel merito), condannare o assolvere il convenuto. In entrambe tali due ultime ipotesi, l'attore non avrebbe potuto riproporre l'azione, né impugnare la sentenza che gli fosse stata anche solo in parte favorevole. Qualora inattivo fosse stato invece il giudice, quest'ultimo si sarebbe dovuto sostituire entro il triennio se la sua inerzia derivava da cause di forza maggiore, mentre l'inattività volontaria (fraudolenta) sarebbe stata penalmente sanzionata in guisa di 'denegata giustizia'<sup>46</sup>.

Giustiniano non afferma chiaramente in che senso il decorso del termine triennale comportasse l'estinzione del giudizio (l'attore

---

<sup>46</sup> Cfr. Nov. 17.3, dell'anno 535; Nov. 86.1, dell'anno 539.

rapida eliminazione delle controversie. Si era constatato, infatti, che la protrazione delle liti produceva la stabilizzazione di una inaccettabile situazione di incertezza e sviava il processo dalla sua funzione di efficace accertamento dei rapporti, ponendo in crisi la credibilità dell'intero ordinamento giuridico.

Più in particolare, con la *lex Properandum* l'Imperatore dispose una durata massima triennale per tutte le cause civili (ad eccezione dei giudizi in materia fiscale e pertinenti alle funzioni pubbliche), stabilendo il decorso dei tre anni dalla *litis contestatio*, con l'espressa finalità di evitare il rischio che le cause superassero la durata della vita umana, 'divenendo quasi eterne' (*fiant paene immortales*: C. 3.1.13). La scaturigine di questa grave disfunzione era da vedersi nella possibilità, che fino a quel momento avevano avuto le parti in causa, di regolare i tempi del procedimento, senza che un concreto potere di direzione del giudice intervenisse per sventare tali manovre dilatorie; si è infatti già segnalato che nelle *cognitiones extra ordinem* non sussisteva più alcun limite (legislativamente posto) alla durata delle liti. Giustiniano volle quindi introdurre un sistema idoneo a provocare una rapida decisione della lite, mediante accorgimenti quali la condanna della parte assente alle spese processuali, o di-

dovendosi ormai piuttosto reputare estinto l'intero rapporto.

Si è allora ritenuto di individuare gli elementi distintivi della decadenza soprattutto nella mancata applicazione delle cause di interruzione e di sospensione proprie della prescrizione, e quindi nei «caratteri di rigidità, perentorietà e completa autosufficienza a fine estintivo che vi rivestono i termini, in genere brevissimi»<sup>4</sup>, fermo restando che le altre regole proprie della prescrizione sono comuni alla decadenza (per es., l'atto di citazione, anche se davanti a un giudice incompetente, impedisce la decadenza, così come interrompe la prescrizione). La decadenza, dunque, corre anche contro i soggetti a favore dei quali la prescrizione è sospesa: tanto era stato considerato, già nel vigore dell'abr. cod. civ. it., in relazione alle azioni redibitoria (art. 1505 cod. civ. abr.), di denegata paternità (artt. 166 e 167 cod. civ. abr.), di revocazione delle donazioni per ingratitudine (art. 1082 cod. civ. abr.), di rescissione per causa di lesione (art. 1551 cod. civ. abr.).

In dottrina e in giurisprudenza è stata a lungo controversa la sussistenza di un altro

---

<sup>4</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 8; vd. soprattutto V. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.

criterio discretivo: secondo un orientamento, mentre la prescrizione non opera mai *ipso iure*, ma è onere della parte interessata invocarla, la decadenza, quando è fondata su ragioni di pubblico interesse – come peraltro è dato ravvisare nella maggior parte dei casi –, non solo può, ma addirittura deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (benché poi non si incorra più nella decadenza, una volta che questa sia impedita, anche se si verifica l'estinzione del giudizio, laddove la prescrizione comincia nuovamente il suo decorso, dopo l'interruzione). La dottrina italiana di inizio Novecento, contro la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>5</sup>, ha tuttavia contestato questa impostazione con riguardo all'ipotesi di 'perenzione', affermando l'opportunità di applicare anche alla decadenza il disposto dell'art. 2128 cod. civ. abr., in forza del quale la 'perenzione' estingue totalmente la procedura iniziata: con la conseguenza che anche la domanda giudiziale si deve considerare legalmente come non avvenuta. Attualmente, è controverso se la prescrizione operi *ipso iure* o solo con la proposizione dell'eccezione da parte dell'interessato. La natura ibrida dell'estinzione del processo è invece rivelata dal tenore dell'art.

<sup>5</sup> Cass. 27 aprile 1889, in *Giurispr.*, 1889, 716.

528 l'Imperatore emanò una importante disposizione<sup>43</sup>, relativa alla prescrizione delle azioni reali: il decorso del tempo trentennale o quarantennale, qualificato sia dall'inerzia del titolare che dalla *longa possessio* del convenuto, conduceva all'estinzione dell'azione (ma, ove sussistesse la buona fede del convenuto o si fosse verificato uno spoglio violento ai suoi danni, la prescrizione avrebbe assunto anche carattere acquisitivo).

Ancora con riguardo ai giudizi di primo grado, Giustiniano, nel 529, modificò la legge di Teodosio, elevando a quarant'anni il termine per la prescrizione delle azioni abbandonate in corso di giudizio<sup>44</sup>. Poi, solo un anno dopo, nel 530 d.C., con la celebre costituzione *Properandum* (definita «una specie di *summa* legislativa dei problemi inerenti all'inattività»<sup>45</sup>) affrontò il problema della protrazione dei procedimenti, ponendo la regola che i giudizi dovessero chiudersi perentoriamente nell'arco del triennio. La disposizione aveva di mira la restituzione al processo della sua funzione di difesa della certezza del diritto, mediante la

<sup>43</sup> C. 7.39.8, su cui vd. *infra*, § 2 di questo cap.

<sup>44</sup> C. 7.39.9.

<sup>45</sup> U. ZILLETI, *Studi*, cit., 101; per una lettura parzialmente diversa di questa cost., F. BONIFACIO, *L'estinzione*, cit., 54 ss.

della norma era evidentemente quella di evitare che, per esempio, l'interessato promuovesse l'azione nel corso del ventiquattresimo anno senza poi coltivarla, e che avesse a disposizione altri trent'anni per riproporla. Si disposesse, perciò, che il processo, se veniva cominciato entro i venticinque anni dalla spettanza dell'azione, doveva comunque essere portato a termine entro il trentennio, mentre, se aveva inizio dopo i venticinque anni, si accordava una proroga quinquennale (oltre il trentennio), affinché fosse definito.

Nel complesso, le disposizioni di Teodosio II e di Valentiniano III dimostrano che l'estinzione del processo produceva l'estinzione del diritto: nell'ambito del processo *extra ordinem* non era stata ancora individuata – né sul piano concettuale, né a livello di regole operative – la distinzione tra 'prescrizione dell'azione' e 'perenzione (o 'estinzione') del giudizio'; con la conseguenza che il processo iniziato e poi abbandonato dopo la *litis contestatio* non poteva essere riassunto, ma doveva ricominciare *ex novo* (entro il termine di prescrizione).

Solo un secolo dopo, grazie a Giustiniano, si operò la diversificazione tra prescrizione dell'azione e perenzione (o estinzione) della causa. Come meglio si esporrà più avanti, nel

307, comma 4, cod. proc. civ. («L'estinzione opera di diritto ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa...»).

Tali peculiarità dell'inquadramento moderno evidenziano ancora una volta l'estraneità della nozione moderna di 'decadenza' all'esperienza giuridica romana. Ciò non toglie che numerosi precedenti storici della moderna disciplina siano rintracciabili in alcune regole romane, concernenti in particolare l'estinzione del giudizio civile (in Italia denominata nel codice previgente 'perenzione della lite'); inoltre, una – parziale – attinenza alla nozione di decadenza si registra con riguardo ai brevi termini previsti per l'interposizione dell'appello nelle procedure *extra ordinem* (la parte doveva dichiarare subito dopo la lettura della sentenza di volere proporre appello e far pervenire il *libellus appellatorius* al giudice di primo grado entro un brevissimo tempo – sotto Giustiniano dieci giorni –, decorsi i quali l'appello diveniva irricevibile), nonché, forse, ad alcuni dei termini processuali previsti per lo svolgimento della lite<sup>6</sup>. I primi interpreti moderni hanno trascurato questi aspetti, preferendo individuare l'origine storica della deca-

<sup>6</sup> Su cui vd. *infra*, cap. I, alla fine del § 4.

denza nella contrapposizione romana tra azioni annali e azioni perpetue: Donello<sup>7</sup> (al quale, come si è accennato, risalgono le origini della dottrina della decadenza), distinguendo tra *actiones temporales* e *actiones perpetuae*, affermava che mentre le prime si estinguevano *ipso iure* alla scadenza del termine (e ciò perché la possibilità che l'azione fosse accordata era riconosciuta entro limiti di tempo circoscritti), le seconde si estinguevano *ope exceptionis*, in quanto il diritto di richiederle era riconosciuto in perpetuo (finché non venisse eccepita la prescrizione).

Ma un'attenta considerazione dei profili che attualmente denotano la nozione di decadenza sembra suggerire piuttosto un nesso con le problematiche romane legate alla estinzione del processo per inattività delle parti (il legislatore ha cancellato dal lessico giuridico del processo civile il vocabolo 'perenzione', utilizzato nel codice previgente, sostituendolo con 'estinzione', e non per una mera preferenza terminologica, come meglio si spiegherà più avanti).

Nel complesso, gli elementi più antichi del concetto moderno di decadenza sembrano

<sup>7</sup> U. DONELLO, *Comm. juris civilis lib. XVI*, Napoli, 1764, cap. VIII, n. 14.

da Teodosio II<sup>41</sup>, e quarantennale da Giustiniano<sup>42</sup>.

Teodosio stabilì il principio per cui, dopo la *litis contestatio* (che nelle procedure *extra ordinem* rivestiva caratteri ben diversi, rispetto all'assetto del processo formulare, soprattutto per aver perso la tradizionale funzione consumatrice dell'azione), la prescrizione dell'azione si sarebbe compiuta allo scadere dei trent'anni. Ne derivava una significativa innovazione, anche se non esplicitata dal legislatore: la *litis contestatio* acquistava efficacia meramente interruttiva della prescrizione, che riprendeva il suo decorso in caso di abbandono della lite (risulta che l'efficacia interruttiva della *litis contestatio* sia stata affermata in modo diretto solo nel diritto giustiniano). Va osservato che la disposizione, se regolava in modo pressoché esaustivo la materia delle prescrizioni, unificandole, non affrontava, però, in maniera specifica il diverso problema della durata delle liti, e dunque della 'perenzione d'istanza'.

Alcuni anni dopo, Valentiniano III, con la Novella 35 del 452, negò alla *litis contestatio* l'effetto interruttivo sancito da Teodosio: *ratio*

<sup>41</sup> CTh. 4.14.1.1.

<sup>42</sup> C. 7.39.9, dell'anno 529; C. 7.40.1.1e.

sio, ribadì l'operatività dell'ulteriore proroga di tre mesi in favore dell'appellante.

Quanto ai giudizi di primo grado, la legislazione imperiale ci si presenta meno incisiva, e soprattutto, in qualche punto, alquanto confusa. La problematica fu affrontata con maggiore decisione e organicità da Giustiniano. In linea di massima, le numerose disposizioni emanate in materia paiono finalizzate alla realizzazione di un contenimento dei tempi processuali, da perseguire mediante una efficace azione di contrasto nei confronti della tradizionale funzione preminente rivestita dall'attore nello svolgimento del processo, e della corrispondente «limitatezza del ruolo del giudice relativamente alla determinazione della litispendenza»<sup>39</sup>.

Giustiniano volle innanzitutto garantire la serietà delle domande, scoraggiando le citazioni meramente emulative e calunniöse; impose, perciò, all'attore l'assunzione dell'obbligo, nei confronti del convenuto, di addivenire entro due mesi alla *litis contestatio*<sup>40</sup>.

L'azione esercitata, ma rimasta giacente, venne sottoposta a prescrizione trentennale

<sup>39</sup> U. ZILLETI, *Studi*, cit., 98.

<sup>40</sup> Nov. 96; Nov. 112.2, dell'anno 541.

collegati con l'istanza del contenimento dei tempi processuali. L'esigenza di garantire la rapida definizione dei giudizi pendenti fu avvertita specialmente, come si è accennato, nell'età imperiale, e in particolare tra IV e V sec. d.C., anche se mai si giunse a configurare un 'diritto' del soggetto alla 'ragionevole durata' del processo, così come nell'ordinamento giuridico italiano vigente. In Italia, di recente, la preoccupazione del legislatore per il prolungamento dei tempi di conclusione dei processi è sfociato nella l. 24 marzo 2001, n. 89 («Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo»), con cui, all'art. 2, si è istituito un procedimento finalizzato a riconoscere un risarcimento del danno in favore della parte che abbia subito danni patrimoniali o non patrimoniali per effetto della irragionevole durata della lite, in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la l. 4 agosto 1955, n. 848<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Vd. in particolare M. GIORGETTI, *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003, 3 ss.; F. PERGAMI, *Sulla 'ragionevole durata' del processo nella legislazione tardoimperiale*, in *Filìa. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli, 2007, 2063 ss.

Nel diritto romano, le prime evidenze dell'aspirazione al contenimento dei tempi processuali affiorarono già in età repubblicana, con la fissazione di termini di 'decadenza', quando l'azione fosse stata esperita, ma il processo non si fosse concluso entro certi termini. Tuttavia, solo nel sistema processuale tardoantico, e con particolare riferimento ai giudizi di secondo grado, l'esigenza di una rapida definizione dei giudizi pendenti approdò a una serie di interventi legislativi, volti a stabilire 'termini di decadenza', o, più precisamente, a fissare la durata massima dello svolgimento dei processi. Per il resto, sul piano storico, l'applicazione della nozione moderna di decadenza al decorso del tempo in ordine alle azioni processuali romane sembra, complessivamente, poco pertinente<sup>9</sup>, dal momento che tale materia appare in prevalenza riconducibile piuttosto al concetto moderno di prescrizione.

Veniamo dunque agli elementi di affinità tra la nozione moderna di decadenza e i limiti di tempo posti, nel diritto romano, alla durata del processo. Occorre considerare, sul punto, innanzitutto il regime dell'estinzione del giu-

---

<sup>9</sup> Vd. *infra*, A. TRIGGIANO, *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel Codice giustiniano*.

plussivo da quattro a nove mesi), qualora non fosse stato possibile rispettare i termini prescritti per la conclusione del giudizio di secondo grado, per ragioni riconducibili al giudice o all'appellante<sup>37</sup>. La vaghezza del richiamo agli impedimenti incontrati dal giudice e dalla parte appellante (in sostanza, per tutti i casi di violazione dei tempi legislativamente fissati, purché non attribuibile a negligenza o intenzionale proposito dilatorio, si consentiva il prolungamento dei tempi mediante *reparationes*) non è l'unico elemento emblematico di un calo di attenzione per l'esigenza di contenere i tempi processuali. Infatti, nella stessa costituzione si concedeva all'appellante un ulteriore trimestre, per l'ipotesi in cui anche l'ultimo termine fosse scaduto, senza che il giudice di secondo grado avesse emanato la sentenza. Nel 440, Teodosio II ammise ben tre successivi momenti ai fini dell'istanza di rimessione in termini, di trentuno giorni ciascuno<sup>38</sup>. Tale tendenza largheggiante delle cancellerie imperiali si riscontra anche nella normativa giustiniana, che, oltre ad accogliere le disposizioni, appena illustrate, di Teodo-

---

<sup>37</sup> CTh. 11.31.9.

<sup>38</sup> C. 7.63.2, già cit. *supra*.

strato municipale)<sup>34</sup>. Con un intervento di pochi mesi successivo<sup>35</sup>, il legislatore volle applicare alcuni *beneficia legis* anche nell'ipotesi che l'ulteriore decorso dei tempi concessi per la remissione in termini avesse prodotto la 'prescrizione' (*praescriptio* è il termine usato dalla cancelleria) del giudizio di secondo grado (*Etsi post iteratum temporis lapsum nulli reparationem praescriptio legis indulgeat, tamen his iuris beneficia subveniunt*): una ulteriore dilazione era riconosciuta a chi non avesse rispettato i termini previsti per la rimessione non intenzionalmente o per negligenza, ma per la malattia del giudice o per attività svolte nel pubblico interesse (*rei publicae interveniens negotium*). Ad eccezione di tali specifiche ipotesi, la *reparatio* doveva essere richiesta nel termine di tre mesi e comunicata alla controparte, pena il passaggio in giudicato della sentenza<sup>36</sup>.

All'inizio del V sec. d.C., la facoltà già riconosciuta all'appellante di prolungare i tempi di definizione del giudizio di secondo grado subì, però, un ulteriore e generalizzato ampliamento: nel 423 fu ammesso l'esercizio di due successive *reparationes* (per un tempo com-

<sup>34</sup> CTh. 11.31.1.

<sup>35</sup> CTh. 11.31.2.

<sup>36</sup> CTh. 11.31.3, emanata negli anni tra il 365 e il 370, già cit. *supra*; CTh. 11.31.8, dell'anno 392.

dizio (*mors litis*) in diritto classico (che si verificava dopo diciotto mesi dalla *litis contestatio* per gli *iudicia legitima*, mentre in caso di *iudicia imperio continentia* con la cessazione della carica del magistrato sotto cui erano stati istituiti); maggiori difficoltà di inquadramento teorico sorgono, invece, con riguardo al regime previsto in tarda età imperiale, quando (si esporrà dettagliatamente in seguito) fu disposta la prescrizione prima trentennale, poi quarantennale, dell'azione intentata e abbandonata dall'attore, accanto alla previsione di un termine triennale, a partire dalla *litis contestatio*, per la 'perenzione' della lite.

La civilistica italiana del secolo scorso ha ricercato i precedenti storici della 'perenzione d'istanza' (con terminologia più attuale, 'estinzione del giudizio', cagionata dall'abbandono in cui le parti hanno lasciato il processo per tutto il tempo stabilito dalla legge) in prevalenza nel diritto romano, anche se una parte minoritaria della dottrina orgogliosamente indicava tale istituto come una 'creazione' del diritto francese moderno (*a jure vero gallico*)<sup>10</sup>. In particolare, quale lontano precedente storico della nozione moderna di decadenza si può

<sup>10</sup> Sul punto, vd. quanto espone L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*<sup>5</sup>, III, Torino, 1903.

considerare la disciplina romana, elaborata in età repubblicana e nella prima età classica, dell'estinzione del giudizio, o perenzione della causa (figura denominata, nelle fonti romane, *mors litis* o *expiratio iudicii*<sup>11</sup>). Tale figura consisteva in un limite di tempo posto alla durata del processo, determinato originariamente in relazione alla durata della carica del magistrato che aveva emanato lo *iudicium*<sup>12</sup> (e dunque non superiore ai dodici mesi), in seguito prevalentemente per rispondere all'esigenza del contenimento dei tempi processuali (finalizzata, a sua volta, alla chiarificazione dei rapporti giuridici).

Rilevava, al riguardo, la già accennata distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia*. I primi (caratterizzati dalla cittadinanza romana di entrambe le parti, dal loro svolgimento in Roma o entro le cento miglia circostanti, e dal venire rimessi a un giudice unico) non avevano originariamente limiti alla lo-

<sup>11</sup> Tali espressioni compaiono in Gai 4.104 e la loro classicità è, pertanto, irrefutabile.

<sup>12</sup> Gai 4.104-105 ci informa che Augusto, con la *lex Iulia*, sancì il termine massimo di diciotto mesi a decorrere dalla *litis contestatio* per lo *iudicium legitimum*, mentre in relazione allo *iudicium imperio continens* dispose la conclusione del processo entro l'anno di carica del magistrato che aveva emanato lo *iudicium*.

applicati, sulla base del criterio territoriale: un anno nel solo caso di *appellationes transmari-nae*<sup>30</sup>, quaranta giorni per la decisione di un appello proveniente da provincia contigua<sup>31</sup>, portato poi a settanta con un successivo intervento normativo, che prolungò anche a quaranta giorni i termini per la decisione delle controversie fiscali di secondo grado, in relazione alle quali l'impugnazione fosse stata proposta nella stessa provincia<sup>32</sup>.

È importante precisare, anche con riferimento all'attuale dibattito sugli effetti della decadenza e sulla diversità di tale figura rispetto alla prescrizione, che i termini disposti per l'estinzione del giudizio di secondo grado non erano tassativi: fu infatti prevista la *reparatio appellationis*, strumento del quale l'appellante si poteva avvalere per essere rimesso in termini (prolungando così la durata del processo), qualora la causa non si fosse conclusa nei tempi prescritti<sup>33</sup>. In forza di una disposizione emanata nel 364 d.C., l'appellante poteva chiedere una rimessione in termini entro tre mesi (o soli trenta giorni, in caso di appello proposto contro la sentenza resa da un magi-

<sup>30</sup> CTh. 11.30.45, dell'anno 385.

<sup>31</sup> CTh. 11.30.46.

<sup>32</sup> CTh. 11.30.64.

<sup>33</sup> CTh. 11.31.3.

dalla intenzionalità o meno della inattività della parte) si dava luogo a un procedimento che si doveva concludere con una sentenza di accertamento della 'verità' (*veritas rei*), e, anche in caso di inattività dell'appellante, il decorso del tempo non comportava più la mera conferma della sentenza impugnata.

Sempre in tema di estinzione del giudizio di secondo grado, la preoccupazione del legislatore tardoimperiale si mostrò, come si è anticipato, ancora più accentuata quando le controversie fossero di natura fiscale. Al fine di evitare che i debitori del fisco si giovassero in modo ultroneo dell'effetto sospensivo dell'appello, Costantino, nel 327, statuì la decadenza dall'appello (*deserta ab eo provocatio aestimetur*) per chi, interposto il gravame, non avesse poi adempiuto alle formalità richieste nei termini prescritti (ma non si precisa quali fossero)<sup>28</sup>. Nel 340, i successori di Costantino stabilirono che le impugnazioni di sentenze di condanna per debiti fiscali dovessero immediatamente (*ilico*) essere trasmesse al giudice di grado superiore, e da questo decise entro venti giorni<sup>29</sup>. Tempi più lunghi, per i giudizi di secondo grado su debiti fiscali, furono in seguito

<sup>28</sup> CTh. 11.30.14.

<sup>29</sup> CTh. 11.30.21.

ro durata<sup>13</sup>, ma Augusto, nel 17 a.C., dispose il termine di diciotto mesi, a decorrere dal giorno in cui l'azione era stata promossa: decorsi tali termini senza che il giudice avesse emanato la sentenza, il giudizio si estingueva<sup>14</sup> (il termine usato da Gaio al riguardo è *expirare*, ma il giureconsulto romano non specifica, purtroppo, il significato tecnico dell'*expiratio iudicii*), né – sembra – l'azione poteva essere nuovamente esercitata, dal momento che la 'perenzione' della lite (*mors litis*) comportava l'estinzione del relativo diritto. In questa prima fase storica, dunque, giusta la costruzione appena illustrata (che riveste, però, carattere di ipotesi, dal momento che Gaio omette una descrizione esplicita delle conseguenze prodotte dal decorso del tempo), l'estinzione del giudizio 'legittimo' implicava anche l'estinzione del diritto di promuovere nuovamente l'azione (l'estinzione del giudizio comportava l'estinzione del diritto). È stato rilevato<sup>15</sup> che il concetto di 'estinzione del processo' adottato dal legislatore italiano del 1942 si rivela

<sup>13</sup> Gai 3.180.

<sup>14</sup> Gai 4.104-105.

<sup>15</sup> Da G. GIANNOZZI, *Premessa storica allo studio della estinzione del processo per inattività delle parti*, in *Jus*, XIV, 1963, I-II, 167.

molto vicino all'*expiratio iudicii* di cui tratta Gai in tema di *iudicia legitima*.

Diversa era la sorte degli *iudicia imperio continentia*<sup>16</sup>, cioè dei giudizi cui mancasse anche uno solo dei caratteri dei *iudicia legitima*. La durata dello *iudicium imperio continens* era infatti limitata alla durata in carica del magistrato che lo aveva emanato<sup>17</sup>: con il venir meno del potere del magistrato che aveva formulato la 'regola di giudizio', in età repubblicana cadeva l'intero procedimento, qualora nel frattempo non fosse giunto a conclusione (o almeno si verificava la decadenza del giudice dalla *potestas iudicandi*, per la risoluzione degli effetti dello *iussum iudicandi*). Anche nell'età classica, decorso il tempo stabilito, si produceva l'estinzione del processo e probabilmente – ma si tratta di illazione assai incerta<sup>18</sup> – anche

<sup>16</sup> Gai 4.103.

<sup>17</sup> Gai 4.105.

<sup>18</sup> Una certa ambiguità (e dubbia genuinità) dei testi romani fondamentali in materia ha lasciato spazio a interpretazioni disparate: sulla base soprattutto di D. 5.1.58, si dovrebbe tendere a restringere gli effetti della *mors litis*, riconducendovi la sola estinzione della *potestas iudicandi* (e considerando invece nuovamente proponibile l'azione); ma osta a questa conclusione il dettato di D. 4.3.18.4, D. 9.2.30.1, D. 42.8.3.1, da cui risulta invece che la *mors litis*, oltre a produrre l'estinzione del processo, rendeva impossibile ripro-

tui che l'appellato, il quale non volesse solo valersi del decorso del tempo (ottenendo la conferma della sentenza di primo grado), potesse fare accertare la perdurante inerzia dell'appellante, e quindi chiedere, allo spirare del biennio, la conclusione del giudizio sulla base delle sue allegazioni, con una sentenza che però poteva risultargli sfavorevole, dal momento che il giudice doveva accertare la 'verità' (*veritas rei*); la novità della disposizione risiedeva nel fatto che, con la disciplina varata nel 537, l'inattività dell'appellante non costituiva più il fondamento della sentenza, ma il presupposto legittimante la conclusione del procedimento in sua assenza (l'inerzia dell'appellante veniva comunque sanzionata con la condanna alle spese)<sup>26</sup>.

In linea con questa tendenza, nel 546<sup>27</sup> si pervenne a un complessivo riordinamento (incentrato sui poteri del giudice) della materia dell'inattività delle parti nel giudizio di appello. L'importanza della norma giustiniana del 546 è soprattutto nella esclusione della possibilità che l'inattività delle parti potesse costituire fondamento della sentenza: in qualsiasi ipotesi di inattività unilaterale (a prescindere

<sup>26</sup> Così U. ZILETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 78 s.

<sup>27</sup> Nov. 126.

terposizione del gravame avverso sentenze rese da governatori provinciali e in generale da giudici *spectabiles*, di due mesi, invece, in caso di appello contro sentenze di arbitri delegati<sup>22</sup>. Nel diritto giustiniano, la ‘perenzione della causa’ fu disciplinata sulla base di un nuovo criterio: quello della territorialità. Così, nel 529 si statuì l’estinzione del giudizio di secondo grado una volta decorsi sei mesi qualora l’impugnazione giungesse dall’Egitto, dalla Libia e dall’Oriente, fino alla Cilicia e all’intero Illirico; si applicava, invece, il termine di tre mesi per la perenzione dell’appello qualora la causa di primo grado fosse stata decisa in Asia, nel Ponto, in Tracia<sup>23</sup>; si stabiliva altresì l’importante regola, per l’ipotesi di inerzia dell’appellante intenzionalmente protrattasi per un anno, dopo l’inizio della lite, della decadenza dall’impugnazione, nonché del venir meno degli effetti sospensivi della stessa, con la conseguente piena ripresa del vigore della sentenza impugnata<sup>24</sup>.

Dunque, l’inerzia dell’appellante produceva una conferma della sentenza di primo grado per decorso del tempo. Ma nel 537<sup>25</sup> si sta-

<sup>22</sup> C. 7.63.2.

<sup>23</sup> C. 7.63.5.

<sup>24</sup> C. 7.63.5.4.

<sup>25</sup> Con la Nov. 49.1-pr. dell’anno 537.

l’impossibilità di riproporre l’azione (per l’effetto preclusivo della *litis contestatio* e in applicazione del principio *bis de eadem re ne sit actio*). Da Gai 4.106 sembra potersi dedurre che, originariamente, l’estinzione del giudizio non comportava l’estinzione del diritto: estinto il giudizio, l’attore conservava la facoltà di rivolgersi al nuovo magistrato per ottenere un altro *iudicium* nei confronti della medesima controparte e per lo stesso oggetto. Ma all’opposta conclusione pare doversi giungere attraverso la lettura di alcuni testi giurisprudenziali, conservati nella compilazione giustiniana: la *mors litis* rendeva improponibile l’azione, incidendo così sul diritto<sup>19</sup>. Nel complesso, si riceve l’impressione che la disciplina sia mutata nel tempo: da una fase più risalente, in cui l’estinzione del giudizio non rendeva improponibile l’azione dinanzi al nuovo magistrato (e dunque non incideva sul diritto), nell’ultima età classica si passò a un regime più rigoroso, in cui alla estinzione del giudizio faceva riscontro l’improponibilità dell’azione, per ‘decadenza’.

porre l’azione: ampia disamina in F. BONIFACIO, *L’estinzione del giudizio per ‘mors litis’*, in *AG*, CXLIII, 1952, I, 34 ss., e vd. anche *infra*, nel testo di questo §.

<sup>19</sup> Vd. i testi dei Digesti, citt. alla nt. prec.

Del resto, questa ricostruzione rispecchia una comprovata evoluzione storica: nell'età imperiale tutti i giudizi divennero *imperio continentia*, ma i magistrati venivano nominati dall'Imperatore a vita, non più eletti dal popolo annualmente, e inoltre la *litis contestatio* perpetuava l'azione. In altri termini, la *lex Iulia* del 17 a.C., che aveva disciplinato l'*expiratio iudicij*, in quanto appartenente all'*ordo*, non trovò più applicazione nel processo dell'età imperiale (*cognitiones extra ordinem*). Ne derivò la conseguenza che le parti, una volta intentata l'azione, potevano protrarre indeterminatamente la durata del processo (anche se per il compimento di alcuni atti furono stabiliti termini di decadenza, quale il *dies fatalis*, collegato all'obbligo imposto all'attore di comparire alla prima udienza, altrimenti *causa labitur*). All'infinito protrarsi dell'incertezza dei rapporti giuridici pose rimedio la legislazione del V e VI sec. d.C.

Nel Tardoantico il regime della 'perenzione' mutò, infatti, ancora una volta, sensibilmente. Occorre, in proposito, distinguere i provvedimenti aventi ad oggetto la prescrizione dell'azione, da un lato, dalla disciplina della estinzione del giudizio di primo grado, nonché dalle regole introdotte per la 'perenzione' del giudizio di appello, dall'altro lato. In

linea generale, si registra un'attenzione molto maggiore, da parte del legislatore, per il contenimento dei tempi in relazione ai giudizi di secondo grado, specialmente se vertenti sulla materia fiscale. In tale ultima ipotesi, una più rapida definizione dei giudizi pendenti valeva a precludere manovre dilatorie da parte degli appellanti. Tuttavia, un tangibile calo nella preoccupazione precedentemente espressa, dalle cancellerie imperiali, per il problema dei tempi processuali si registra a partire dalla seconda metà del IV sec.

Con riguardo ai giudizi di secondo grado, una costituzione databile al 365 o 370 d.C.<sup>20</sup> fissò, con specifico riferimento alle impugnazioni di sentenze rese da magistrati e giudici pedanei, il termine di due mesi per la decisione delle cause urgenti. Un successivo provvedimento dell'anno 405<sup>21</sup> elevò il termine (degli stessi giudizi di secondo grado) a sei mesi, per le cause decise nelle province più lontane. Nel 440, Teodosio II, nell'ambito della sua ampia riforma intesa alla rapida definizione dei rapporti giuridici, stabilì il termine (*dies fatalis*) di sei mesi per la conclusione del giudizio di secondo grado, a decorrere dal giorno della in-

---

<sup>20</sup> CTh. 11.31.3.

<sup>21</sup> CTh. 11.30.63.

Il primo interrogativo sollevato dal passo (sempre che si creda nella sua genuinità) è quale fosse la ragione del criterio discrezionale indicato dal giureconsulto.

La risposta deve naturalmente prescindere dalla suggestione che potrebbero esercitare le logiche proprie dell'età moderna e contemporanea, che tendono a individuare la *ratio* della temporalità delle azioni in via primaria nella certezza dei rapporti giuridici<sup>105</sup>, ma anche – sotto un profilo più pratico – nell'esigenza di una migliore amministrazione della giustizia, mediante l'eliminazione di processi difficili, perché vertenti su questioni troppo risalenti

---

<sup>105</sup> Benché anche con riguardo agli inquadramenti moderni e contemporanei non siano mancate oscillazioni: tra i motivi addotti quale fondamento razionale dell'istituto, figurano, accanto alla tutela dell'interesse pubblico per la certezza dei rapporti giuridici, la rinuncia tacita del titolare, l'opportunità di sanzionare il mancato esercizio del diritto, la difficoltà di individuare la verità giuridica a notevole distanza di tempo, la temporaneità dei rapporti giuridici, l'esigenza di tutela della buona fede, la presunzione di legittimità dello stato di fatto attuale: rassegna delle contrastanti opinioni in G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in V. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, VI (art. 2900-2969), Bologna-Roma, 1953, 543.

Ancora più significativa di una continua evoluzione e precisazione del regime risulta una Novella giustiniana del 541<sup>50</sup>: dopo la mancata comparizione dell'attore e dopo un anno dalla triplice intimazione inutilmente rivoltagli, si sarebbe dovuto procedere all'esame contumaciale della causa, pervenendo ad una sentenza di merito (non necessariamente favorevole al convenuto). Nella norma, si ha cura di distinguere le diverse conseguenze della inattività dell'attore, rispettivamente prima e dopo la *litis contestatio*. L'attore decadeva dal diritto fatto valere se, inizialmente non comparso, si presentava entro l'anno solo per interrompere il termine annuale e poi abbandonava di nuovo il giudizio, prima di pervenire alla *litis contestatio*. Viceversa, l'abbandono definitivo della lite dopo la *litis contestatio* viene considerato dal legislatore come comportamento meno riprovevole, che dava luogo alla procedibilità contumaciale.

In definitiva, dal momento che le fonti non sono né sempre esplicite, né – soprattutto – univoche su questo aspetto di fondamentale importanza per gli interpreti moderni, resta aperto l'interrogativo: l'estinzione del giu-

---

<sup>50</sup> Nov. 112.3, avente un ambito più generale rispetto a Nov. 53.1 dell'anno 537, appena esaminata.

dizio pregiudicava, in diritto romano, il diritto sottostante? Si è constatato che a tale quesito si possono fornire risposte diverse, in relazione alla fascia cronologica presa in considerazione. La varietà delle soluzioni possibili non dipende tanto da una lacunosa, ambigua, o contraddittoria elaborazione dogmatica da parte dei Romani, quanto, da una lato, dalla continua evoluzione della disciplina e dalla minuziosa differenziazione delle fattispecie; e, dall'altro lato, dalla diversa percezione (rispetto a quella poi affermata nell'età moderna e contemporanea), che i giuristi romani ebbero del rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale. Premesso che i Romani ignorarono tale contrapposizione, e posto che l'assenza di criteri discretivi al riguardo va considerata come assolutamente consustanziale all'intera esperienza giuridica romana, non si deve dimenticare che nell'ordinamento giuridico romano lo *ius* come spettanza dei consociati (c.d. 'diritto soggettivo', categoria in questi termini peraltro estranea all'elaborazione romana) esisteva se e in quanto vi fosse uno strumento di tutela giudiziaria atto a garantirne la realizzazione (dunque, il 'diritto soggettivo' costituiva un *a posteriori*, e non, come ai nostri giorni, un *a priori*, rispetto alla protezione processuale). Né sussisteva, ancora

tratto successivo, forse alterato in età tarda<sup>104</sup>, si precisa che le azioni penali sono anche intrasmissibili passivamente, benché l'erede risponda nei limiti dell'arricchimento. Si torna al tema della perpetuità nel terzo periodo, dove compaiono una definizione e una esemplificazione delle azioni reipersecutorie, con la corretta e congruente citazione dell'azione contro il *bonorum possessor* del debitore e dell'*actio Publiciana*. Il passo si chiude con una frase dal significato oscuro (*sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur*), allusiva ad una azione perduta con il verificarsi dell'usucapione, ma restituita dal pretore mediante una *in integrum restitutio* fondata su *factio rescissoria* (si rescindono gli effetti, fingendo non avvenuta l'usucapione). Ai nostri fini, l'interesse per l'azione menzionata in questo difficile tratto risiede nella sua annalità. Sarebbe questa una delle poche eccezioni alla regola della perpetuità delle azioni reipersecutorie, che Paolo così motiva: *quia contra ius civile datur*.

<sup>104</sup> Così persino M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 31 s. (dove preced. lett.), nella sua esegesi largamente conservativa, in considerazione della discontinuità logica (l'intrasmissibilità passiva non è in rapporto con la temporalità dell'azione), prodotta dalla frase in oggetto.

pretorie, dunque, ma più in generale le 'azioni onorarie' (come quelle edilizie) e gli altri mezzi processuali introdotti con gli editti magistratuali (*exceptiones, interdicta, in integrum restitutiones*) si potevano perdere con il decorso del tempo.

Se si presta fede ad un passo pauliano<sup>101</sup>, in cui viene attribuita a Cassio l'illustrazione delle regole classiche sulla perdita delle azioni, dobbiamo concludere che la più antica fissazione di termini di prescrizione di un'azione onoraria ebbe riguardo al campo del diritto penale (privato<sup>102</sup>): nell'ambito delle azioni onorarie – avrebbe asserito Cassio – le azioni reipersecutorie vengono concesse anche oltre l'anno, le altre (*ceterae*) sono solo annali<sup>103</sup>. Nel

<sup>101</sup> D. 44.7.35 pr.

<sup>102</sup> Occorre tenere ben presente, al riguardo, la netta distinzione, ancora operante nel diritto romano classico, tra diritto penale privato (attinente ai *delicta* di *furtum, rapina, iniuria, damnum iniuria datum*) e diritto penale pubblico (attinente ai *crimina*, di cui in questa sede non ci possiamo occupare); ma si faccia attenzione all'avvertenza alla nt. qui di seguito.

<sup>103</sup> Le azioni penali civili rimasero invece perpetue (per ragioni storiche, più che per la gravità dei delitti puniti dallo *ius civile*): cfr. le diverse opinioni illustrate in M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 26 s.

in età classica, una chiara e netta distinzione tra i concetti che oggi designamo con le espressioni 'diritto soggettivo' e 'diritto all'azione'<sup>51</sup>. È risultato evidente, però, che una diversa prospettiva si era già affermata nel pensiero giuridico bizantino, grazie all'introduzione di discipline alquanto ben distinte in ordine, rispettivamente, all'estinzione del giudizio e alla prescrizione dell'azione: si profilavano così i primi elementi della regola moderna per cui l'estinzione del giudizio non comporta l'estinzione del diritto di esercitare l'azione (entro i termini stabiliti), fin quando non si verifichi la prescrizione.

<sup>51</sup> Tanto si evince, ad esempio, dall'ambiguo dettato di un passo del giureconsulto classico Celso figlio (D. 44.7.51), che poi risulta ripreso – e il dato appare assai significativo – anche nelle Istituzioni giustinianee (I. 4.6pr.): *nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi* (dove il diritto all'azione è descritto e definito in termini di 'diritto soggettivo'). Sul punto, vd. le attente considerazioni di A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1980, 77 ss., poi rielaborate nella 5 ed., Napoli, 1990, 72 ss., 112 ss.

2. Distinzione tra le nozioni di: 'prescrizione estintiva' (perdita dell'azione per decorso del tempo), 'prescrizione acquisitiva' (usucapione), immemorabile

Fondamentalmente diverse, oggi, per carattere ed effetti, eppure nell'antichità sottilmente intrecciate, si presentano poi le due figure della 'perdita dell'azione per decorso del tempo' e dell'acquisto della proprietà per decorso del tempo' (usucapione). La prima, è chiaro, denotata dal fatto estintivo e dominata dal suo carattere processuale, è una figura che abbraccia le vicende tanto dei diritti assoluti, quanto dei diritti relativi; la seconda, caratterizzata dal fatto acquisitivo e operante sul piano del diritto sostanziale, circoscrive la sua operatività nell'ambito delle forme di appartenenza dei beni. È stato efficacemente scritto che ai fini della prescrizione estintiva il tempo viene in considerazione come misura per l'estensione di un 'fatto distruttivo di diritti', mentre ai fini della prescrizione acquisitiva (usucapione) il tempo è misura per l'estensione di un 'fatto creativo di diritti'.

L'usucapione fu un istituto genuinamente romano, connotato *ab antiquo* dallo scopo di porre fine alle incertezze sulla proprietà dei beni e all'insicurezza dei possessori, conte-

dell'operatività processuale delle figure in oggetto, nelle fattispecie appena segnalate non si ha 'perdita dell'azione' nel senso di 'perdita del diritto all'esercizio dell'azione', ma soccombenza a seguito di celebrazione del processo, per sopravvenuta estinzione del diritto vantato dall'attore.

Alla luce di queste considerazioni, l'unica vera eccezione alla regola della perpetuità delle azioni civili sembra perciò costituita dal *praeiudicium ex lege Cicereia*, anch'esso illustrato da Gaio<sup>100</sup> (3.123). Dal resoconto del giuriconsulto apprendiamo che la *Lex Cicereia de sponsu*, di data incerta, aveva imposto al debitore garantito l'obbligo di dichiarare preliminarmente (*praedictio*) l'identità dei suoi garanti e di indicare quali fossero i debiti garantiti. In mancanza di tale dichiarazione, i garanti che intendessero conseguire la liberazione dalla garanzia avrebbero potuto promuovere un'azione di accertamento dell'infrazione (*praeiudicium ex lege Cicereia*), entro trenta giorni dall'assunzione del nuovo debito.

La temporalità fu invece caratteristica assai frequente, benché non indefettibile, dei mezzi processuali connessi allo sviluppo dello *ius honorarium* nel suo complesso: non solo le azioni

---

<sup>100</sup> Gai 3.123.

con il decorso del tempo. Ma occorre al riguardo precisare che in tale seconda ipotesi, a rigore, il proprietario non 'perdeva' l'azione (il convenuto non poteva infatti opporre una eccezione di prescrizione), anche se non sarebbe uscito vittorioso dalla lite, qualora il convenuto avesse diligentemente eccepito il compimento dell'usucapione.

Analoghe considerazioni valgono in ordine alla 'perdita' dell'*actio auctoritatis* a seguito di usucapione di *res* acquistata *a non domino*<sup>99</sup>, delle azioni, decorsi i due anni, nei confronti di *sponsores* e *fideipromissores*, nell'ambito del territorio italico (per la estinzione delle relative obbligazioni) e, infine, delle azioni spettanti all'usufruttuario e al titolare di servitù a seguito di estinzione per non uso.

La somiglianza degli effetti potrebbe creare equivoci, ma vi è un particolare angolo di osservazione che consente di distinguere efficacemente le diverse situazioni prospettate, evitando di confondere l'estinzione del diritto sostanziale dalla perdita dell'azione per decorso del tempo. Può essere opportuno sottolineare che, come dimostra l'osservazione

<sup>99</sup> La garanzia per evizione non ha infatti ragione di sussistere (ad eccezione della vendita *a non domino* effettuata nei confronti dello straniero, che non poteva usucapire) una volta verificatasi l'usucapione.

nendo entro precisi limiti temporali l'insorgenza delle relative liti giudiziarie<sup>52</sup>. Invece la 'prescrizione dell'azione', pur essendo (marginalmente) applicata già nel diritto romano dell'epoca repubblicana, ricevette il suo assetto definitivo a seguito di determinanti influssi dell'area orientale dell'Impero.

Dunque, l'origine dei due fenomeni ('prescrizione estintiva' e 'prescrizione acquisitiva') non è comune e si presenta priva di punti di contatto: infatti l'antica usucapione si era forgiata sul vetusto istituto dell'*usus* acquisitivo, disciplinato nella legislazione decemvirale, mentre le prescrizioni estintive non comparvero prima dell'età repubblicana, in concomitanza con l'affermarsi delle procedure formulari.

Eppure, un accostamento tra le due figure si operò, con il passare del tempo, per la diffusione di un istituto del diritto processuale, sorto nell'ambito delle tradizioni giuridiche greche ed ellenistiche e poi affermatosi nell'Impero romano con la denominazione di *longi temporis praescriptio*, secondo modalità di cui le più antiche notizie si ricavano da due

<sup>52</sup> Cic. *pro Caec.* 26.74; Gai 2.44; D. 41.3.1; D. 41.10.5pr.

papiri egiziani<sup>53</sup>. Comunemente, l'origine della *longi temporis praescriptio* romana si riconduce – nell'ambito delle esperienze greche ed ellenistiche – in parte alla *paragraphé*, che il convenuto poteva invocare nel processo attico, e per altra parte al progressivo affermarsi, in sede di tutela processuale, del valore estintivo del tempo. Ma, nella sua configurazione romana, la *longi temporis praescriptio* si presenta come una figura profondamente diversa, rispetto ai precedenti storici in cui pure affondava le sue radici.

L'istituto risulta<sup>54</sup> introdotto nell'ordinamento giuridico romano dagli imperatori Settimio Severo e Caracalla, con un rescritto del 199 d.C., che però, proprio per la sua natura di disposizione di carattere particolare, dovette essere mosso da motivi contingenti. In ogni caso, è pacifica l'opinione che finalità del provvedimento fosse la stabilizzazione dei rapporti possessori (anche per l'agevolazione delle esazioni fiscali, irrealizzabile senza una rapida e sicura individuazione del contribuente).

<sup>53</sup> BGU 267; P. Strassb 22. Entrambi i documenti sono facilmente consultabili in *FIRA I*, 2a ed., nn. 84 e 85, 437 ss. e dettagliatamente commentati da J. PARTSCH, *Die 'longi temporis praescriptio' im klassische römischen Rechte*, Leipzig, 1906.

<sup>54</sup> Da uno dei due papiri: BGU 267.

Poi, scomparsi i *centumviri* sullo scorcio dell'età classica, si affermò una *querella* soggetta a prescrizione quinquennale e inquadrata nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*.

Quanto alle sorti delle azioni civili in generale, dopo l'introduzione della procedura formulare, la regola continuò a essere quella della perpetuità del loro esercizio<sup>96</sup>. Tanto risulta assai chiaramente dalle Istituzioni di Gaiio<sup>97</sup>, dove si afferma l'imprescrittibilità delle azioni fondate su leggi o senatoconsulti, e, viceversa la prevalente annualità delle azioni pretorie<sup>98</sup>.

È pur vero che in qualche caso le azioni civili si 'perdevano', per il decorso del tempo, ma ciò si verificava per la perdita (estinzione, o trasferimento ad altro soggetto) del diritto (sostanziale), come nel caso dell'usucapione: il precedente proprietario in un certo senso 'perdeva' l'azione di rivendica, perché il possessore aveva acquistato il diritto di proprietà

<sup>96</sup> Esame delle fonti in M. AMELOTTI, 'Actiones perpetuae' e 'actiones temporales' nel processo formulare, in *SDHI*, XXII, 1956, 185 ss.

<sup>97</sup> Gai 4.110.

<sup>98</sup> Gai 4.110: *Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur accomodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare.*

pubblicana, si svolgeva dinanzi ai *centumviri*, ancora secondo il rito delle *legis actiones*.

Ma l'eccezione è, forse, solo apparente: sulla applicazione *ab origine* della prescrizione quinquennale alla *querella inofficiosi testamenti*, e quindi sulla natura processuale della figura in oggetto, gravano seri dubbi, perché a fronte di quanti propendono per inquadrare le origini della *querella* nell'ambito della procedura formulare, alcuni ritengono invece assai più probabile che la prescrizione quinquennale si applicasse solo nell'ambito della *extraordinaria cognitio*. D'altra parte, i testi che menzionano la prescrizione (in qualche caso senza precisarne i termini, altrove affermando il termine quinquennale) dell'azione per il testamento inofficioso risalgono tutti al tardo Principato e all'età imperiale avanzata<sup>95</sup>. I dati a nostra disposizione consentono in realtà solo di affermare che nella fase protoclassica la procedura poi evolutasi nella *querella inofficiosi testamenti* – di cui è infatti assai dubbia l'applicazione già sul finire dell'età repubblicana – si svolgeva dinanzi al collegio dei *centumviri*, secondo le antiche *legis actiones*, mentre non ci risulta alcun collegamento con le procedure formulari.

<sup>95</sup> D. 5.2.8; D.5.3.7.1; D. 5.2.9; C. 3.28.16; CTh. 2.19.5; CTh. 16.7.3.1 = C. 1.7.2; C. 3.28.34.1.

te). La *longi temporis praescriptio* inizialmente ci viene rappresentata dalle fonti come una figura dai contorni non ben definiti, e dunque piuttosto fluida (non ne è indicato con precisione l'oggetto, né si specifica se il requisito del *iustum initium possessionis* includesse accanto al titolo anche la buona fede). Il nuovo istituto funzionava come uno strumento processuale, concesso dal magistrato a chi avesse pacificamente posseduto un bene da dieci o venti anni, per resistere all'altrui azione di rivendica. Sembra, poi, che con un rescritto<sup>55</sup> Caracalla avesse precisato (o modificato) la precedente disposizione, sancendo l'applicazione della *longi temporis praescriptio* tanto ai beni mobili, quanto ai beni immobili. La lunga durata del possesso, dunque, si poteva fare valere contro il rivendicante, paralizzando l'efficacia dell'azione reale (ma non certo sortendo l'effetto acquisitivo, cioè l'acquisto del diritto di proprietà in capo al possessore di lunga durata, convenuto in giudizio).

È possibile che già prima del 199 d.C. la *longi temporis praescriptio* (o, forse più precisamente, la *longae possessionis praescriptio*), certamente rilevante in Egitto, fosse stata contemplata in più editti provinciali. Nelle province

<sup>55</sup> Conservato in D. 44.3.9.

risultava inapplicabile l'*usucapio*<sup>56</sup>, modo di acquisto della sola proprietà quiritaria<sup>57</sup>, che quindi non poteva essere allegata dinanzi ai tribunali dei governatori provinciali. Verosimilmente, i Severi vollero introdurre anche nel diritto romano la prassi già diffusasi negli ambienti provinciali. Certo è che la *longi temporis praescriptio* continuò almeno inizialmente a operare, anche all'interno dell'ordinamento giuridico romano, a differenza dell'antica usucapione, sul solo terreno del diritto processuale, non anche sul piano sostanziale.

Nel corso della sua evoluzione, la *longi temporis praescriptio* si rivelò un istituto fortemente creativo: fu nel suo alveo che si formarono i principi della interruzione e della sospensione del decorso del tempo, e che si affermò la nuova figura dell'*accessio possessionis* (facoltà di aggiungere al proprio possesso quello esercitato dal dante causa, ai fini del compimento della *longi temporis praescriptio*), destinata ad affiancare la tradizionale *successio possessionis* (implicante la trasmissione del possesso dal defunto all'erede), già operativa nell'ambito dell'*usucapio*.

<sup>56</sup> Gai 2.46: *Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt.*

<sup>57</sup> Gai 2.7.

## CAPITOLO II

### LA PERDITA DELL'AZIONE PER DECORSO DEL TEMPO NELLA REPUBBLICA ROMANA E NEL PRIMO PRINCIPATO

1. Azioni pretorie annali e azioni pretorie perpetue 2. L'individuazione del *dies a quo* nelle azioni pretorie annali e il decorso del tempo 3. Il compimento e l'efficacia della prescrizione 4. La prescrizione delle azioni edilizie

1. Azioni pretorie annali e azioni pretorie perpetue

L'idea che il ricorso ai mezzi processuali potesse essere limitato nel tempo affiorò solo nell'ambito del processo formulare, in specifica relazione con i rimedi di creazione pretoria.

L'unica eccezione al principio della perpetuità delle *legis actiones* potrebbe individuarsi nella prescrizione quinquennale della procedura di rescissione del testamento inofficioso (poi evolutasi nella *querella inofficiosi testamenti*), che, alla sua comparsa, sul finire dell'età re-

cui si limitò a un biennio la durata massima dell'obbligazione di garanzia<sup>89</sup>.

Sotto altro aspetto, la 'perpetuità' delle *legis actiones* non impedì la fissazione di termini processuali, benché tali termini decorressero dall'inizio del processo: si possono ricordare al riguardo i trenta giorni di attesa per la nomina del giudice sia nella *legis actio sacramento*, in forza della *lex Pinaria*<sup>90</sup>, sia nella *legis actio per conductionem*<sup>91</sup>, i trenta giorni concessi al *iudicatus* e al *confessus in iure* per pagare, evitando così la *manus iniectio*<sup>92</sup>, i sessanta giorni in cui il debitore sottoposto alla *manus iniectio* era tenuto incatenato dal creditore<sup>93</sup>. «Però nessun limite di tempo era imposto alla possibilità di promuovere il processo, in altre parole alla possibilità di fare valere in giudizio il proprio diritto»<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Gai 3.121; 4.22, 109.

<sup>90</sup> Gai 4.15.

<sup>91</sup> Gai 4.17b-18.

<sup>92</sup> Tab. 3.1.

<sup>93</sup> Tab. 3.5.

<sup>94</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 23.

Quando, nel IV secolo d.C., Costantino introdusse una tutela più agevolata del possesso di lunga durata<sup>58</sup>, si verificò una temporanea obliterazione dei due precedenti istituti (*usucapio* e *longi temporis praescriptio*), che furono relegati a materia di studio nelle scuole di diritto. E infatti, dopo un primo periodo di frequente applicazione pratica della *longissimi temporis praescriptio* costantiniana (che prevedeva la tutela del possesso quarantennale a prescindere dalla giusta causa), cominciò a svilupparsi una ulteriore figura, la prescrizione con termine trentennale; questa nuova prescrizione accentuava il carattere acquisitivo del possesso protrattosi per trent'anni, anche se privo sia di giusta causa, sia di buona fede.

Un forte accostamento tra le due figure (*usucapio* e *longi temporis praescriptio*) si realizzò negli anni immediatamente successivi: com-

<sup>58</sup> Su questa nuova figura siamo informati soprattutto grazie a un papiro: *P. Col. 7.75*, integralmente pubblicato tra il 1979 e il 1982, e una cui parziale pubblicazione era già in *FIRA III*, 2a ed., n. 101, 318 ss. Per i contenuti della vicenda processuale ricostruibile attraverso la lettura del documento, vd. ora P. BIANCHI, *Sulla 'praescriptio' costantiniana. P.Col.VII 175: ricostruzione di una vicenda processuale*, in corso di stampa. Sulla *longissimi temporis praescriptio* v. anche CTh. 4.11.2 (a. 349), C. 7.39.2 (a. 365). In tema, vd. ancora *infra*, nel testo.

piutosi il processo di uniformazione del regime giuridico tra suolo italico e suolo provinciale (vicenda che inizialmente offuscò i caratteri discretivi tra possesso giudizialmente protetto e proprietà), la *longi temporis praescriptio* cominciò ad essere concepita non più soltanto come istituto del diritto processuale (e dunque come mera eccezione opposta dal possessore convenuto nel giudizio di rivendica), bensì come istituto del diritto sostanziale, e quindi alla stregua di vero e proprio modo di acquisto di un possesso perenne e processualmente inattaccabile, in pratica non dissimile dalla proprietà. Al titolare del possesso lungo ed ininterrotto venne allora riconosciuta non solo una eccezione, ma addirittura un'*actio in rem*<sup>59</sup>; e fu questa modifica della tutela processuale a oscurare ogni residua differenza, sul piano pratico, tra la *longi temporis praescriptio* e l'*usucapio*.

Nel 531, Giustiniano, dopo avere ripristinato la chiara distinzione tra proprietà e possesso, già propria del diritto romano classico, e soppresso l'obsoleta distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi*, fuse 'ufficialmente' la *longi temporis praescriptio* (che era stato in origine un istituto del diritto processuale) con l'*usucapio*

<sup>59</sup> C. 7.39.8pr.

erano dunque, tendenzialmente (ma non senza eccezioni), perpetue.

Ciò non significa, naturalmente, che gli antichi Romani non attribuissero alcuna efficacia, in generale, al decorso del tempo. Si pensi, anzi, all'importanza assunta, già in età decemvirale, dagli effetti acquisitivi del meccanismo *usus-auctoritas* (la più antica forma di usucapione), efficace strumento di composizione delle liti (il possesso protratto nel tempo con l'acquiescenza del proprietario avrebbe fornito lo strumento più semplice per provare, in sede processuale, una proprietà risalente e conforme ai precetti giuridici) e, quindi, di chiarificazione dei rapporti giuridici<sup>88</sup>. Non è però del tutto esatto ritenere che a tale meccanismo acquisitivo del diritto facesse riscontro, quale effetto estintivo, una sorta di 'prescrizione' biennale dell'*actio auctoritatis*: e ciò perché in nessun modo all'attore si potevano porre ostacoli all'esercizio dell'azione. Analoga considerazione valga in ordine alle disposizioni contenute nella *lex Furia de sponsu*, con

<sup>88</sup> Cic. *pro Caec.* 26.74; Gaio ricorda che l'istituto dell'usucapione fu originato dall'esigenza di porre fine all'incertezza dei rapporti proprietari (Gai 2.44: ... *receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent*); vd. anche D. 41.3.1; D. 41.10.5pr.; Ulp. Tit. 19.8; I. 2.6.

I bizantini, pertanto, non si discostano dalla nomenclatura indicata da Teodosio II, come si evince dalle significative denominazioni delle rubriche di D. 44.3 (*De diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum*) e di C. 7.39 (*De praescriptione XXX vel XL annorum*); mentre per designare la difesa generica del convenuto (ove non vi sia riferimento al decorso del tempo) prevale nettamente il ricorso al vocabolo *exceptio*.

#### 4. Le origini della 'prescrizione estintiva'

Al diritto romano arcaico era assolutamente estranea l'esigenza di imporre dei termini all'azione processuale. Vigeva all'epoca, al contrario, il principio della 'intangibilità dell'azione processuale', cui faceva riscontro il dogma della 'perpetuità' dei più antichi diritti (sostanziali) individuali<sup>87</sup>, costituiti soprattutto dai poteri assai forti riconosciuti al *pater familias*. All'originaria concezione 'sovrana' dei poteri del *pater*, si accompagnava, insomma, l'incondizionata fruibilità del corrispondente strumento di tutela processuale. Le *legis actiones*

<sup>87</sup> Si accolgono, al riguardo, le considerazioni di F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1949, 140, 217 s.

(antica figura di diritto sostanziale)<sup>60</sup>: nel suo nuovo assetto, la *longi temporis praescriptio* consentì l'acquisto dei beni immobili in dieci o venti anni, se sussistevano i requisiti della buona fede e del titolo del possesso (in trenta o quaranta anni, se il possesso di buona fede non era sorretto dal titolo, secondo quanto già stabilito nel 528), mentre l'usucapione restò applicabile ai beni mobili, ma la durata del tempo necessario fu elevata da uno a tre anni.

Prevalse dunque, a seguito della riforma giustiniana, il carattere acquisitivo dell'istituto; eppure, qualcosa del carattere estintivo permase in modo significativo. Tanto che si è ravvisato nella riforma giustiniana un carattere anfibologico<sup>61</sup>. L'ambiguità insita nell'assetto giustiniano dell'istituto si è trascinata, del resto, fino ai nostri giorni, come rivelano, da un lato, la definizione, oggi corrente, di 'prescrizione acquisitiva' e, dall'altro lato, l'analogia (che non di rado degenera in confusione concettuale) tra le espressioni 'prescrizione estintiva' e 'prescrizione acquisitiva'.

La suggestione esercitata dall'intreccio di origine romana tra usucapione e prescrizione

<sup>60</sup> La riforma fu realizzata con la costituzione *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi* (C. 7.31.1).

<sup>61</sup> In tal senso M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 10.

(estintiva) risultava ancora perdurante in Italia sotto il vigore del cod. civ. del 1865 (art. 2105: «La prescrizione è un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione») e dell'abr. Codice del commercio del 1882 (art. 918), nei quali il termine 'prescrizione' era adoperato, in modo generico e indifferenziato, per designare tanto l'efficacia acquisitiva, tanto l'efficacia estintiva del tempo, in concorso con gli altri requisiti. Per primo, il Codice civile germanico (BGB), nel 1900, distingueva in modo chiaro e netto la prescrizione estintiva rispetto alla prescrizione acquisitiva (§§ 194-225), in ciò seguito dal cod. civ. it. del 1942 (artt. 2934-2969).

Sul piano storico, le ragioni della sovrapposizione tra i due livelli concettuali certamente non mancarono, e sono senz'altro comprensibili. In effetti, per quanto riguarda il nuovo assetto impresso da Giustiniano alla *longi temporis praescriptio*, l'acquisto del diritto di proprietà per decorso del tempo si ripercuoteva (dando luogo a un 'effetto mediato') sul precedente proprietario, dal momento che costui non poteva più fare valere in giudizio il suo diritto. In origine, viceversa, la figura della prescrizione si era profilata come un fenomeno proprio dell'azione, che pure si rifletteva

materia della prescrizione è trattata anche nella *Lex Romana Burgundionum* al Titolo 31, e nell'*Edictum Theodorici* al cap. 12. Infine, all'interno della compilazione giustiniana, la trattazione più organica della prescrizione si rinviene nel *Codex* (ai Titoli 7, 21, 22, in tema di controversie pertinenti lo stato personale; ai Titoli 7, 33-36, per la *longi temporis praescriptio*; ai Titoli 7, 37-38 sulla prescrizione in rapporto al fisco e all'Imperatore; ai Titoli 7, 39, 40, in materia di prescrizione generale delle azioni) e nelle Istituzioni (4.12 pr.), mentre quella più frammentaria, non a caso, nei Digesti, che risentono più marcatamente della originaria impostazione casistica della giurisprudenza classica.

La denominazione pressoché esclusiva della eccezione come *praescriptio*, e il collegamento di questa figura con l'istituto, sempre più largamente praticato, della *longi temporis praescriptio* sono i fattori alla base dell'assestamento terminologico raggiunto in età giustiniana: per i Compilatori «prescrizione per antonomasia è quella che, in senso estintivo oppure acquisitivo, si ricollega all'efficacia del tempo»<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 18.

all'opponibilità del decorso del tempo è del tutto normale»<sup>84</sup>.

Il preponderante uso del termine *praescriptio* per le eccezioni basate sul decorso del tempo va inteso come una conseguenza del ruolo centrale rivestito, nell'evoluzione della prescrizione, dall'istituto della *longi temporis praescriptio*, dove «i due elementi del tempo e della *praescriptio* appaiono strettamente associati»<sup>85</sup>. Su questo nesso non sussistono dubbi, dal momento che Teodosio II, nella legge istitutiva della prescrizione generale, fa espresso richiamo alla *longi temporis praescriptio*, oltre a ricalcarne la denominazione, a proposito della *praescriptio triginta annorum*. Tuttavia, nella legislazione dell'epoca e successiva, solo raramente al vocabolo *praescriptio* viene aggiunta la durata del termine o almeno la specificazione *temporis* o *temporalis*.

Può essere significativa in tal senso la constatazione che solo nel Codice Teodosiano troviamo la prima sistemazione organica dei testi normativi pertinenti alla *praescriptio*, ai Titoli 4, 11, 14, 15. I Titoli 14 e 15 del Codice Teodosiano risultano riprodotti nella *Lex Romana Wisigothorum* come Titoli 4, 12, 13. La

<sup>84</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 14, nt. 29.

<sup>85</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 17.

sul diritto sottostante, ma che in primo luogo impediva, dando luogo ad una *exceptio*, che l'azione di rivendica venisse efficacemente esercitata.

Tanto premesso, occorre però evitare di irrigidire la ricerca del tema qui all'esame all'interno di due 'compartimenti stagno', quali il 'diritto sostanziale' e il 'diritto processuale', la cui netta contrapposizione, affiorata in età moderna, era alquanto estranea alla mentalità romana, come già si è segnalato. Secondo quanto acutamente osservava sul finire del XIX secolo il pandettista tedesco B. Windscheid, «i Romani, parlando di limitazione dell'*actio* quanto al tempo, non vogliono rilevare il momento specifico della facoltà di agire, il momento della facoltà d'adire il tribunale, in contrapposto alla pertinenza del diritto in sé, ma indicare la pertinenza stessa; per essi perseguibilità giudiziale è l'espressione per la pertinenza del diritto. Quando oggidì si parla di prescrizione delle 'azioni' sottostiamo sempre al pericolo di dedurre, dal momento specifico della facoltà d'agire, conseguenze che sono assai poco romane»<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1925, 364, nt. 1.

Quanto inestricabile fosse la commistione di profili acquisitivi ed estintivi nella prescrizione romana lo dimostra ulteriormente l'accostamento, operato da Giustiniano, tra due figure di 'prescrizione estintiva', trentennale e quarantennale (disciplinate con una costituzione del 528<sup>63</sup>, volta a riordinare la disciplina della *longi temporis praescriptio*), da un lato, alla nuova *longi temporis praescriptio* decennale o ventennale e alla *usucapio* triennale per i beni mobili (figure ormai entrambe denotate da natura acquisitiva), dall'altro lato: sulla base delle disposizioni del 528, in assenza di giusta causa e di buona fede, il possessore convenuto in rivendica avrebbe potuto opporre in giudizio la prescrizione trentennale o quarantennale, ma tale prescrizione avrebbe poi avuto effetti acquisitivi qualora fossero intervenuti la buona fede del convenuto o lo spossessamento violento<sup>64</sup>.

In dettaglio: qualora il possessore convenuto in rivendica fosse stato privo della possibilità di provare in giudizio la sussistenza di titolo e di buona fede al momento dell'immissione nel possesso, protrattosi nel tempo senza turbative, avrebbe avuto a sua disposi-

<sup>63</sup> Sistemata come C. 7.39.8.

<sup>64</sup> C. 7.39.8.1-3.

produrre di questa la struttura esterna»<sup>81</sup>. In tale cornice sembra inserirsi il contenuto dei *libri de praescriptionibus* di Modestino, dove il termine *praescriptio* viene adoperato in riferimento generico ai mezzi di difesa delle *cognitiones extra ordinem*. Così, a partire dall'ultima fase dell'età classica e anche nella compilazione giustiniana, *praescriptio* ed *exceptio* ci si presentano come due espressioni tendenzialmente fungibili<sup>82</sup>. È stato però rilevato che con riguardo alle eccezioni fondate sul decorso del tempo il ricorso al vocabolo *praescriptio* risulta progressivamente senz'altro prevalente.

È interessante notare come già con Diocleziano<sup>83</sup> compaia il riferimento alla *praescriptio* in tema di opponibilità del decorso del tempo. In particolare, l'Imperatore afferma la perdita dell'azione, in quanto 'prescritta' (*cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit*) allo scadere del termine annuale: ma, «pur risalendo tale annualità alla procedura formulare (...), siamo ormai per epoca e per fattispecie processuale in tema di *cognitio*. E per questa l'uso di *praescriptio* anche in riferimento

<sup>81</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 16.

<sup>82</sup> Vd., per es., C. 1.2.23.3 (*exceptio temporis*); C. 7.39.8pr. (*exceptio longi temporis*); sull'uso del termine *praescriptio* vd. anche *infra*, cap. IV.

<sup>83</sup> C. 9.35.5.

che *anno finiuntur*), dalle azioni concesse anche dopo la scadenza dell'anno (*post annum*). Anche i bizantini, nelle Istituzioni (I. 4.12pr.), con riferimento alle procedure formulari, contrappongono le locuzioni *perpetuo competere*, *in perpetuum extendi*, *perpetuo dari*, alle altre *intra annum vivere*, *anno terminari*.

Nelle fonti vi è inoltre menzione, accanto alle azioni, della durata dei c.d. mezzi complementari delle procedure formulari: così, si distingue tra interdetti 'perenni' (*interdicta perpetua*, o concessi *post annum*<sup>77</sup>) e interdetti 'temporali' o 'annuali'<sup>78</sup>, mentre la *restitutio in integrum* si dà solo entro l'anno (*intra annum*<sup>79</sup>) fino a Giustiniano, il quale porta il termine a quattro anni<sup>80</sup>.

Il quadro muta sensibilmente con l'avvento della *extraordinaria cognitio*, nel cui ambito il termine *praescriptio* risulta usato «con l'ampio e atecnico significato di obiezione sollevata dal convenuto a sua difesa. Corrisponde pertanto alla funzione della *exceptio* formulare, senza ri-

<sup>77</sup> D. 43.1.1.4; D. 43. 5. 3. 16; D. 43.8.2.34; D. 39.1.20.6, 16.

<sup>78</sup> D. 43.8.2.44 (in cui, dall'espressione *non temporarium*, si evince la qualifica di *interdictum temporarium*); D. 43.1.4; D. 43.1.1.

<sup>79</sup> D. 4.6.1.1; D. 4.6.28.3-4; D. 46.3.38.4.

<sup>80</sup> C. 2.52 (53).7.

zione non solo una *exceptio*, ma anche un'*actio in rem*. Così, il convenuto che avrebbe potuto opporre al rivendicante l'eccezione di possesso trentennale o quarantennale, in caso di perdita del possesso sarebbe stato attivamente legittimato all'*actio in rem* se il suo lungo possesso fosse stato accompagnato dal requisito della buona fede (pur in mancanza di titolo), mentre se il possessore di mala fede avesse perso il possesso a seguito di spoglio violento ad opera del proprietario o di un terzo, alla vittima dello spoglio sarebbe stata riconosciuta l'*actio in rem* nei confronti dell'autore dello spossessamento violento (a prescindere non solo dalla buona fede, ma anche dal titolo).

La prospettiva giustiniana era verosimilmente quella di uniformare la struttura acquisitiva della prescrizione trentennale in materia di proprietà, rispetto alla struttura della prescrizione di dieci o venti anni (che l'Imperatore, con la sua riforma, aveva ripristinato quanto ai termini, conformi alla legislazione preesistente); ne risultava una importante modifica nel regime, che diveniva a sua volta acquisitivo, conformemente a quello della prescrizione trentennale per il possesso di

buona fede<sup>65</sup>. In sostanza, con Giustiniano il termine decennale o ventennale si prospettava come un termine 'abbreviato' (in ragione della sussistenza di buona fede e titolo), rispetto al termine 'ordinario' trentennale.

Se però guardiamo a questa riforma nell'ottica della dicotomia moderna 'effetti estintivi'-'effetti acquisitivi', la valutazione non può che essere diversa: complessivamente, riceviamo l'impressione di trovarci di fronte a una disciplina «ibrida»<sup>66</sup>, che i compilatori – se all'epoca fosse già stata chiara la netta distinzione concettuale moderna tra prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva – avrebbero potuto rendere invece nitida, dichiarando semplicemente imprescrittibile l'azione di rivendica, salvi gli effetti dell'altrui usucapione (di cui si sarebbero dovuti opportunamente disciplinare e graduare tempi e requisiti).

A quanto ora esposto va aggiunto che, ancora nel diritto di Giustiniano, la prescrizione dell'azione non presupponeva la buona fede

<sup>65</sup> Così L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio'. Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, ora in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova, 2006, 448, nt. 5.

<sup>66</sup> M. AMELOTI, voce *Prescrizione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 42.

prospettiva, si consideravano interpolati. Sul punto, non sembra però possibile esprimere conclusioni affidabili.

In ogni caso, per certo nessun vocabolo specifico, e quindi 'tecnico', risulta idoneo a designare il fenomeno della perdita dell'azione per decorso del tempo, nell'ambito del processo *per formulas*; ma numerose sono le attestazioni di formule espressive atte a distinguere le azioni limitate nel tempo da quelle imprescrittibili. La distinzione più semplice, sul piano terminologico, è quella tra 'azioni perpetue' (*actiones perpetuae*<sup>73</sup>) e 'azioni temporanee' (*actiones temporariae, actiones temporales*<sup>74</sup>), o, più precisamente, 'azioni annuali' (*actiones annuae, actiones annales*<sup>75</sup>).

Nei testi giurisprudenziali ricorrono anche espressioni diverse e più complesse. Ad esempio, Gaio<sup>76</sup> illustra le azioni che il pretore è solito concedere entro l'anno (*intra annum dare*), contrapponendole a quelle perenni (*perpetuo accomodare, perpetuo dare*); Paolo, in D. 44.7.35pr., distingue le azioni che il pretore suole dare solo entro un anno (*intra annum, o*

<sup>73</sup> Vd., per es., D. 4.2.17; D. 4.6.31.

<sup>74</sup> Vd. ad es. D. 11.3.13pr.; D. 12.2.9.3; D. 4.4.50; D. 13.5.18.1.

<sup>75</sup> D. 9.3.5.5; D. 11.7.31.2; D. 15.2.

<sup>76</sup> Gai. 4.110-111.

La *praescriptio* formulare, secondo quanto si ricava dalle Istituzioni di Gaio<sup>70</sup>, consisteva in una parte accessoria della *formula*, più specificamente in una clausola inserita dal pretore prima dell'*intentio*, al fine di circoscrivere l'ambito della lite e di escludere la deduzione in giudizio di pretese e di questioni, che si volessero riservare ad eventuali future domande giudiziali (evitando così la consumazione processuale, effetto tipico della *litis contestatio*). Si distingueva la *praescriptio pro actore*, prevista a vantaggio dell'attore, dalla *praescriptio pro reo*, disposta a vantaggio del convenuto; proprio quest'ultima, a prestar fede a Gaio, costituì il precedente storico dell'*exceptio*, come forse dimostra anche il successivo uso promiscuo dei termini *praescriptio* ed *exceptio*.

Senza dubbio, per i bizantini le due espressioni (*praescriptio* ed *exceptio*) furono equivalenti, mentre è stata a lungo opinione diffusa che i classici, con riferimento alla procedura formulare, non avessero mai fatto ricorso al termine *praescriptio* per designare l'eccezione fondata sul decorso del tempo<sup>71</sup>: i testi che infrangono tale rigore terminologico<sup>72</sup>, in questa

<sup>70</sup> Gai 4.130-137.

<sup>71</sup> Si leggano D. 31.34.3; D. 40.12.42; D. 46.3.91.

<sup>72</sup> Soprattutto D. 2.15.9pr.; D. 46.3.91; D. 44.1.23; C. 3.31.3.

del soggetto, in cui favore il decorso del tempo operava. Il requisito della buona fede fu richiesto in seguito dal diritto canonico, ma per le sole azioni volte alla restituzione di un bene altrui, illecitamente posseduto.

Il regime giustiniano ha, nonostante le segnalate aporie, esercitato una profonda suggestione sul Codice Napoleone (art. 2262) e quindi sull'abr. cod. civ. it. (art. 2135); mentre il cod. civ. italiano del 1942 (art. 948, comma 3) accoglie la soluzione ai nostri occhi più lineare, dichiarando l'imprescrittibilità dell'azione di rivendica, salvi gli affetti dell'altrui usucapione.

Non resta ora che affrontare i termini del rapporto tra prescrizione dell'azione e prescrizione immemorabile.

Il parallelo istaurato da qualche Autore dell'età moderna tra 'perdita dell'azione per decorso del tempo' e 'prescrizione immemorabile' (*vetustas*)<sup>67</sup> deriva dal dettato di una tarda fonte romana, in particolare una costituzione

<sup>67</sup> Le due figure sono state accostate dalla pandettistica tedesca: cfr. B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, I, cit., 387 ss.; vd. ora l'ampia esposizione di A. PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen, 2006, 111 ss.

imperiale del 349 d.C., conservata nel Codice Teodosiano<sup>68</sup>, dove si indica la prescrizione con il termine *vetustas*; tale vocabolo appare in seguito generalmente utilizzato nell'ambito del diritto canonico per qualificare la prescrizione immemorabile, cioè uno stato di fatto protrattosi a memoria d'uomo, e perciò incontestabile giudizialmente. Sebbene non siano mancati tentativi di affermare la più totale eterogeneità della perdita dell'azione per decorso del tempo rispetto all'immemorabile, ci sembra di dovere al contrario valorizzare il significato di CTh. 4.11.2, quale dato idoneo a confermare, da un lato, l'inestricabile contaminazione ravvisabile, nel diritto romano, tra profili estintivi e profili acquisitivi, e, per altro verso, l'inopportunità di erigere steccati, nell'ambito delle ricerche storico-giuridiche, tra istituti del diritto sostanziale e istituti del diritto processuale.

### 3. La perdita dell'azione nella terminologia dei testi giuridici romani

Veniamo ora alle necessarie precisazioni in ordine alle formule espressive ricorrenti nelle fonti romane per designare il fenomeno

<sup>68</sup> CTh. 4.11.2.

della 'perdita dell'azione per decorso del tempo'.

Sul piano terminologico, va subito chiarito che la denominazione di 'prescrizione', per designare il fenomeno della perdita dell'azione per decorso del tempo, risulta essere piuttosto tarda: ancora del tutto estranea alla fase storica del processo formulare (la *praescriptio* della procedura formulare nacque per altre finalità e si sviluppò in un differente contesto<sup>69</sup>), la locuzione in oggetto comparve solo nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*. Invece, come si è esposto, né il concetto, né una apposita terminologia evidenziano la percezione, da parte dei Romani, di una distinta nozione di 'decadenza'.

<sup>69</sup> Sul tema, ancora valide le considerazioni di M. WLASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, Wien, 1910, e vd. da ultimo M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008. È assai dubbio (e generalmente escluso) il collegamento tra la *praescriptio* formulare e la *paragraphe* del processo attico, legame genetico che si è invece propensi a ravvisare tra la *paragraphe* e la *praescriptio* delle procedure *extra ordinem*; da tale corrispondenza si è dipanata poi la connessione tra *praescriptio* (quale mezzo di difesa del convenuto, in buona misura corrispondente all'*exceptio* del processo formulare) e *longi temporis praescriptio* (con effetti acquisitivi) del Tardoantico.

2. La prescrizione delle azioni per il testamento inofficioso, per la donazione inofficiosa, per la dote inofficiosa, per la mancata erogazione di mutuo.

Mentre l'azione per il testamento inofficioso (*querella inofficiosi testamenti*) rimonta alla fase centrale dell'età classica, le *querellae inofficiosae donationis, inofficiosae dotis, non numeratae pecuniae* fanno la loro comparsa solo nella fase più matura delle *cognitiones extra ordinem*, e più precisamente tra III sec. d.C., con riguardo alla *querella* (ed *exceptio*) *non numeratae pecuniae* e alla *querella inofficiosae donationis*, e IV sec. d.C., per ciò che concerne la *querella inofficiosae dotis*.

I termini di prescrizione del più risalente tra questi rimedi processuali, l'azione per il testamento inofficioso nell'ambito delle *cognitiones*, furono probabilmente sin dall'inizio, e fino all'età giustiniana, quinquennali<sup>185</sup>. Ma nel

<sup>185</sup>Sembra infatti da riferire al compimento dell'usucapione, e non alla prescrizione dell'azione, il termine biennale menzionato in una lettera di Plinio il Giovane, benché il caso ivi discusso concernesse una *querella inofficiosi testamenti* (Plin. min., ep. 5.1.10: *Scis te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omniaque me usucapisse*). Sulla classicità del termine quinquennale, D. 5.2.8.17; D. 5.3.7.1; D. 5.2.9; C. 3.28.16, dell'anno 258. Per l'età tardoimperiale, fino a Giustiniano, CTh. 2.19.5, dell'anno 383; CTh. 16.7.3.1, dell'anno. 383 =

nel tempo, o, in materia di obbligazioni, nella protezione del debitore.

Sarebbe senz'altro erroneo, sul piano storico, proiettare a ritroso le concettualizzazioni moderne. E infatti, a causa della già segnalata assenza, in diritto romano, di un istituto unitario della 'perdita dell'azione per decorso del tempo', la funzione delle varie limitazioni, progressivamente introdotte, non poté essere né unica, né originariamente ancorata ad una generica aspirazione alla certezza del diritto: una preoccupazione questa, che se pure, come segnalato, già affiora in Gaio – e non a caso sul solo tema specifico dei rapporti proprietari<sup>106</sup> –, nei suoi tratti generali si deve invece ritenere estranea non solo all'età arcaica, ma anche all'età repubblicana, quando l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto ai magistrati e il nascente *ius controversum*, sviluppatosi attraverso l'approccio casistico dei giureconsulti romani, certamente sarebbero risultati incompatibili con un'alta definizione dei rapporti<sup>107</sup>.

La *ratio* originaria delle prime limitazioni poste al tempo di esercizio dei soli rimedi processuali introdotti dal pretore è senza

<sup>106</sup> Gai 2.44.

<sup>107</sup> In questo senso, ancora più marcatamente, già F. SCHULZ, *I principii*, cit., 206 ss.

dubbio di difficile individuazione e risponde, probabilmente, ad un ventaglio di criteri e di valutazioni equitative (come si constaterà nel prosieguo dell'esposizione), non riconducibili ad unità. Sono state ipotizzate esigenze di celerità, o, forse più verosimilmente, originarie connessioni con il carattere penale delle azioni e con l'annalià della carica pretoria. La testimonianza di Cassio, se genuina, ci indica però una direzione abbastanza precisa: nelle azioni penali è opportuno che «la soddisfazione segua rapidamente all'offesa»<sup>108</sup>, e, d'altra parte, alla severità della sanzione deve fare riscontro (oltre all'intrasmissibilità dal lato passivo) la previsione di un tempo breve entro cui la vittima possa attivare il meccanismo punitivo predisposto dall'ordinamento giuridico. Se questa spiegazione si può ritenere soddisfacente per quanto concerne la limitazione della temporalità alle sole azioni onorarie penali, restano discutibili sia la ragione per cui il termine fu fissato in un anno, sia l'individuazione del momento da cui si dovesse calcolare il decorso del tempo. Quanto al primo punto, è facile pensare all'anno di carica del pretore; sul secondo problema torneremo tra breve.

<sup>108</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 26.

tempo richiesto e della buona fede; per altro verso, la prescrizione non venne più concepita come una tutela processuale riconosciuta contro la pretesa di ridurre taluno in schiavitù – fermo restando il mero esercizio di fatto dello *status libertatis* – bensì, ormai, come una eccezione idonea a fare acquisire la libertà sul piano del diritto sostanziale (la prescrizione produceva dunque un 'effetto acquisitivo' della libertà). Emblematica, in tal senso, l'espressione *ut et liberi et cives fiant Romani*.

Tra le innovazioni giustiniane in materia, va infine segnalata la prescrizione quinquennale in favore dello schiavo manomesso in un testamento nullo<sup>183</sup>. Benché il diritto romano di età classica prevedesse la nullità delle manomissioni contenute nel testamento invalido, i giustinianeî mutarono orientamento, ispirandosi alla disciplina tradizionale del *testamentum inofficiosum*<sup>184</sup>: anche per i classici, infatti, decorso un quinquennio la posizione dello schiavo manomesso nel testamento inofficioso si considerava inattaccabile (e ciò perché dopo cinque anni diveniva inattaccabile il testamento inofficioso, per prescrizione della *querella inofficiosi testamenti*).

<sup>183</sup> D. 40.4.29, testo con riguardo al quale i sospetti di alterazione paiono fondati.

<sup>184</sup> D. 5.2.8.17; D. 5.2.9.

deva la dimostrazione dello *iustum initium*, vale a dire di un atto conforme a diritto da cui risultasse l'inizio della loro libertà di fatto, quale poteva essere lo scambio con un altro schiavo, o l'assegnazione allo schiavo di un patrimonio<sup>178</sup>. Con una disposizione del 393<sup>179</sup>, si precisò che quanti avessero goduto della libertà da venti anni avrebbero potuto resistere in giudizio in prima persona (con esonero dall'obbligo di portare in giudizio *l'adsertor libertatis*). In seguito, furono introdotte varie eccezioni ai termini ordinari di prescrizione: alla persona che avesse scelto la vita ecclesiastica in stato di libertà di fatto, si richiesero trent'anni<sup>180</sup>, quaranta se risultavano escluse altre prescrizioni<sup>181</sup>.

Giustiniano sancì la prescrizione ventennale come regola, e quarantennale se risultavano escluse le altre prescrizioni<sup>182</sup>. Questo nuovo regime fa riscontro ad un considerevole mutamento di prospettiva nella disciplina all'esame. E infatti, da un lato, ai fini della prescrizione il requisito del *iustum initium* divenne indefettibile, al pari del decorso del

<sup>178</sup> CTh. 4.8.7, dell'anno 331.

<sup>179</sup> CTh. 4.8.9.

<sup>180</sup> Nov. Val. 35.6, dell'anno 452.

<sup>181</sup> C. 7.39.4.2, dell'anno 491.

<sup>182</sup> C. 7.22.2.

Alcuni elementi inducono però a dubitare che l'inquadramento di Cassio riproducesse fedelmente la disciplina delle prime ipotesi di prescrizione estintiva, o, almeno, che alla regola cassiana si debba riconoscere un valore assoluto. Ecco i dati. In primo luogo, risulta da altre fonti che in diritto romano classico si davano alcune azioni onorarie reipersecutorie solo entro l'anno e, per contro, si considerava perpetua qualche azione penale (privata). Inoltre, solleva perplessità la constatazione che Gaio, benché dichiaratamente seguace della scuola di Cassio, nelle sue Istituzioni si discostasse dalla regola che Paolo attribuisce a quest'ultimo, stemperandone l'assolutezza (in 4.110, dove afferma la perpetuità delle azioni civili e la temporalità della gran parte delle azioni onorarie: *plerumque intra annum dare*), e poi precisando di seguito<sup>109</sup> che ve ne sono alcune perpetue, senza però effettuare alcun riferimento al loro carattere reipersecutorio.

Sul piano del metodo, sembra più prudente fare maggiore affidamento sulla testimonianza delle Istituzioni gaiane, il cui testo è meno sospettato di interventi modificativi postclassici. Ma non per questo è necessario esercitare sul brano pauliano una critica inter-

<sup>109</sup> Al paragrafo successivo: Gai 4.111.

polazionistica. Numerosi sono stati perciò i tentativi di addivenire ad una lettura dei brani in esame, che concili l'apparente discrasia tra Paolo-Cassio e Gaio.

Tra questi, il più valido sembra quello che individua nella regola enunciata da Cassio la disciplina originaria (databile alla metà del I sec. a.C.) della temporalità delle azioni onorarie (la previsione più risalente avrebbe previsto l'annalità delle sole azioni onorarie penali), e nella descrizione gaiana le linee evolutive dell'istituto, che risulta già proiettato verso un ampliamento della temporalità alle azioni (onorarie) nell'ambito reipersecutorio e, per altro verso, a una relativizzazione della rigorosa regola cassiana circa l'annalità di tutte le azioni onorarie penali. È evidente come tale attenuazione della regola cassiana aspiri alla fissazione di 'criteri', benché incerti e disomogenei. Al riguardo, risulta significativa la precisazione gaiana<sup>110</sup>, secondo cui erano perpetue le azioni onorarie imitative dello *ius legitimum*, le azioni accordate ai *bonorum possessores* e a coloro che fossero *heredis loco*, l'*actio furti manifesti*.

È tuttavia da sottoporre ad attenta valutazione la circostanza che la successiva giurisprudenza classica, anziché attestarsi sulle po-

<sup>110</sup> Gai 4.110-111.

*favor libertatis*, la limitazione del quinquennio non valeva per le controversie finalizzate ad elevare il morto ad una condizione superiore (dalla schiavitù alla libertà<sup>175</sup>). Con questa opportuna modifica, il principio *ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur* venne a costituire un limite ai processi di schiavitù, ma non a quelli di libertà, di cui risultò così confermato il carattere di imprescrittibilità<sup>176</sup>.

Quanto ai processi di libertà, il criterio del *favor* comportò che, a partire da Diocleziano, pure coloro che solo di fatto fossero liberi da tempo (indeterminato) potessero opporsi all'altrui pretesa: alla persona attaccata era accordata piena tutela nei confronti di chi volesse ridurlo in schiavitù, a condizione di godere della libertà di fatto in buona fede e da lungo tempo<sup>177</sup>.

Ma già pochi decenni dopo si intervenne con la fissazione di un termine. Si poteva contrastare mediante *praescriptio* l'altrui pretesa, solo se la libertà di fatto e di buona fede si fosse protratta per sedici anni; mentre ai figli di madre schiava e di padre ingenuo, che vivessero con i genitori, in considerazione dell'ambiguità della loro posizione, si richie-

<sup>175</sup> D. 40.15.1.4; D. 40.15.3.

<sup>176</sup> C. 7.22.3, dell'anno 314.

<sup>177</sup> C. 7.22.1, dell'anno 293; C. 7.22.1.2, dell'anno 300.

del processo entro il quinquennio dalla morte<sup>170</sup>, ma a condizione che esso non venisse abbandonato<sup>171</sup>, o celebrato dinanzi ad un magistrato incompetente<sup>172</sup>. Il quinquennio conservava al defunto la condizione giuridica in cui egli si trovava al momento della morte, purché non fosse in fuga o latitante: in tali ipotesi non si applicava il beneficio della prescrizione<sup>173</sup>. Non solo lo *status libertatis*, ma anche lo *status civitatis* veniva tutelato dalla prescrizione<sup>174</sup>.

Tuttavia, grazie agli opportuni temperamenti apportati all'originaria assolutezza del divieto di agire *de statu defunctorum* dopo il quinquennio, da parte di giureconsulti quali Marcello, Marciano ed Ermogeniano, ben presto l'interpretazione delle disposizioni *ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur* divenne assai restrittiva. La regola della temporalità quinquennale per le controversie di stato concernente defunti venne infatti applicata limitatamente all'ipotesi in cui la causa fosse intesa a ridurre il defunto *in deteriore condicione*: in altre parole, in chiara applicazione del

<sup>170</sup> C. 7.21.4.1.

<sup>171</sup> D. 40.15.2.2.

<sup>172</sup> C. 7.21.7; vd. anche *infra*, A. TRIGGIANO, *Note*, cit.

<sup>173</sup> C. 7.21.1, 2, 4pr., 6-8.

<sup>174</sup> C. 7.21.1, 2, 4pr.

sizione gaiane, risulti piuttosto schierata in favore dell'osservanza della 'rigida' regola di Cassio.

Il diritto classico riconobbe infatti poche eccezioni alla regola della perpetuità di tutte le azioni reipersecutorie<sup>111</sup>: le azioni rescissorie (come più sopra si è constatato<sup>112</sup>), le azioni nascenti dal procedimento interdittale, l'*actio de peculio* in qualche sua particolare applicazione.

Per quanto riguarda l'annalità delle azioni rescissorie<sup>113</sup>, ci risulta che in diritto classico la *in integrum restitutio* fosse sottoposta al termine di un anno<sup>114</sup>; ma è dubbio se tale termine si applicasse solo allo *iudicium rescindens* (prima fase del procedimento, consistente nella *cognitio praetoria* e conseguente emanazione del *decretum* restitutorio in favore del postulante), o anche, eventualmente, allo *iudicium rescissorium* (procedimento talora distinto e successivo al primo, conseguente all'esercizio dell'azione rescissoria).

<sup>111</sup> La regola della perpetuità si applicava anche se le azioni reipersecutorie erano *ficticiae* o con trasposizione di soggetti (D. 44.7.35pr., sopra esaminato; D. 14.1.4.4; D. 14.3.15; D. 14.4.7.5, 8; Gai 4.111).

<sup>112</sup> A proposito del tratto finale di D. 44.7.35pr.

<sup>113</sup> D. 44.7.35pr.

<sup>114</sup> Arg. *ex* C. 2.52 (53).7.

Sull'*agere ex interdicto* è fondamentale la testimonianza di Gaio<sup>115</sup>. Apprendiamo che in ipotesi di inottemperanza all'ordine pretorio interdittale da parte del destinatario, il postulante doveva promuovere un procedimento formulare. Tale procedimento per gli interdetti esibitori e restitutori consisteva in un 'giudizio arbitrario' senza penale, dove al convenuto era imposto il termine di un anno per la richiesta dell'arbitro. Mentre in caso di indugio da parte del convenuto e per gli interdetti proibitori si dava luogo al procedimento dell'*agere per sponsionem* (scambio di *sponsio* e *restipulatio*), che invece comportava per il soccombente l'onere di una penale. Il procedimento si doveva promuovere entro un anno, indipendentemente dalla natura (penale o reipersecutoria, perpetua o annale) dell'interdetto<sup>116</sup>. È discusso se la *ratio* della previsione di un termine annale al processo interdittale sia da vedersi nel principio generale dell'annalità dell'azione pretoria, oppure nell'esigenza di celerità, connessa con la funzione dello strumento interdittale.

L'*actio de peculio* veniva concessa solo entro l'anno (*actio de peculio annalis*) qualora il peculio

<sup>115</sup> Gai 4.141, 161-164.

<sup>116</sup> *Paul. Sent.* 4.7.6.

genitore, tali questioni dovevano essere decise solennemente.

Che l'intento di Nerva fosse stato quello di ostacolare le cause, mosse da ragioni di interesse patrimoniale, sullo *status* di persone decedute sembra confermato dal tenore di un successivo provvedimento adrianeo<sup>169</sup>, la cui esatta natura è ignota. Grazie all'intervento di Adriano, si sancì il divieto di muovere controversia di stato nei confronti di persone decedute da meno di cinque anni, se con tale contestazione si poteva dare luogo a *praeiudicium* nei confronti di un altro defunto da più di cinque anni; ugualmente, non si poteva contestare lo stato giuridico di persone viventi, se ciò creava *praeiudicium* nei confronti di una persona deceduta da oltre un quinquennio. Con tutta evidenza, si tendeva ad ostacolare l'instaurazione di giudizi, dopo il decorso di un quinquennio dal decesso, volti a colpire figli o manomessi, attraverso la contestazione dello *status* di defunti.

Vanno ricordate, al riguardo, almeno le più emblematiche tra le numerose regole operative, precisatesi nel corso dell'età imperiale. La prescrizione era impedita dall'instaurazione

<sup>169</sup> Su cui Marciano in D. 40.15.1.1-2 e Papiniano in D. 40.15.2pr.

alla condizione giuridica della persona<sup>167</sup>. Un altro precedente rispetto al provvedimento di Nerva è poi indicato da Svetonio, il quale illustra una disposizione di Tito, con cui si sarebbe posto un limite temporale (non meglio specificato) alle azioni volte ad accertare lo *status* dei defunti<sup>168</sup>.

Particolarmente degno di nota, per la sua attendibilità circa le origini del fenomeno ora all'esame, si presenta un rescritto diocleziano dell'anno 293 d.C., riprodotto in C. 7.16.13. Vi si vieta la instaurazione di un processo interamente ed in via esclusiva volto all'accertamento della condizione giuridica di persone decedute: se si agiva per uno scopo patrimoniale, come nel caso che si volesse fare valere i propri diritti sui beni appartenuti al defunto, o per contestate lo *status* dei figli di una persona defunta, attaccando la condizione giuridica del

<sup>167</sup> Molto ci sarebbe da discutere sull'esatto significato da attribuire in questo contesto al termine *praeiudicium*: semplice 'danno' (e in tal caso *praeiudicium* sarebbe stato qui usato in senso atecnico), o 'pregiudiziale rispetto all'esito di un contestuale giudizio sulla condizione giuridica di una persona'?

<sup>168</sup> Suet. *Tit.* 8: ... *vetuit inter cetera de eadem re pluribus legibus agi, quaerive de cuiusquam defunctorum statu ultra certos annos.*

avesse cessato di esistere e fosse, pertanto, divenuta inapplicabile l'ordinaria *actio de peculio* perenne. Inizialmente, l'azione, purché esercitata entro l'anno, fu accordata dal pretore nei casi di emancipazione del figlio, di manomissione o alienazione del servo, di morte del figlio o del servo<sup>117</sup>, sulla base di valutazioni equitative, ritenendosi opportuno chiamare come responsabile (ma 'a tempo', non indefinitamente<sup>118</sup>) il *pater* o la persona cui fossero rimasti i beni peculiari; la giurisprudenza estese poi questa azione annale ad ogni altra ipotesi di estinzione della *patria potestas* (ad es., a seguito di morte o deportazione del *pater*, di assunzione della funzione di *flamen dialis* da parte del figlio)<sup>119</sup>.

Se solo sporadicamente vennero ammesse eccezioni alla regola originaria della perpetuità delle azioni, molto più frequenti furono le deroghe al carattere annale delle azioni pretorie, che risultano già a partire dall'età classica, ma poi in costante aumento nell'età imperiale, quando cominciò a riaffiorare la tendenza alla durata pressoché perenne dell'azione processuale (tendenza ancora presente, in qualche misura, persino nella disciplina giustiniana).

<sup>117</sup> D. 15.2.1pr.

<sup>118</sup> D. 15.2.1.3.

<sup>119</sup> D. 15.2.1.4.

Tanto è dato riscontrare specie nel campo delle azioni penali private. Con riguardo al diritto romano classico, vanno segnalate, in particolare, la perpetuità: dell'azione nascente dal deposito necessario (effettuato *tumultus incendii ruinae naufragii causa*) se esercitata nei confronti del depositario<sup>120</sup>, probabilmente stabilita per la ripugnanza che desta l'infedeltà di quest'ultimo, e quindi rielaborata quale residuo dell'*actio in duplum ex causa depositi* (a carattere penale) prevista dalle XII Tavole; dell'*actio furti manifesti*, attestata in Gai 4.111 e motivata – si noti – con la origine di tale azione nell'alveo dello *ius civile*, benché poi concepita dal pretore *in factum*, previa attenuazione della pena<sup>121</sup>. Incerta è invece la collocazione cronologica della natura perpetua di tre azioni penali (private) imitative dell'*actio legis Aquiliae* (l'*actio servi corrupti*<sup>122</sup>, l'*actio de effusis vel deiectis* in alcune sue applicazioni<sup>123</sup>, l'azione per danni *adversus nautas caupones stabularios*<sup>124</sup>), nonché dell'*actio arborum furtim caesarum*, collegata

<sup>120</sup> D. 16.3.18.

<sup>121</sup> La condanna pecuniaria nel quadruplo prese infatti il posto della pena capitale, comminata dalla legislazione decemvirale.

<sup>122</sup> D. 11.3.13pr.

<sup>123</sup> D. 9.3.5.5.

<sup>124</sup> D. 4.9.7.6.

o altri elementi decisivi ai fini della prova dell'ingenuità, ci si poteva rivolgere direttamente all'Imperatore<sup>164</sup>.

In ordine, invece, ai processi di libertà e schiavitù, sembra che fino alla fine del I sec. d.C. non fosse prevista alcuna prescrizione delle azioni processuali<sup>165</sup>. La prima sicura evidenza in senso opposto è costituita da un provvedimento dell'Imperatore Nerva. Secondo quanto afferma Callistrato<sup>166</sup>, Nerva, ispirandosi a un precedente rescritto di Claudio, per primo vietò, con un editto, che si sollevassero controversie di stato con riguardo a persone decedute da oltre cinque anni. In realtà, dal resoconto del giureconsulto classico si evince che Claudio non era giunto ancora sino al punto di introdurre una prescrizione, ma, al fine di porre un freno ai possibili attacchi contro lo stato giuridico altrui, si era limitato a stabilire che l'instaurazione di una causa pecuniaria non dovesse arrecare *praeiudicium*

<sup>164</sup> D. 40.14.2.2.

<sup>165</sup> Sempre che si concordi nel ritenere riferita ai diritti greci la prescrizione quinquennale cui allude Plauto in *Epidicus* 497-498.

<sup>166</sup> D. 40.15.4; vd. anche *infra*, A. TRIGGIANO, *Note*, cit.

potestà paterna, e quindi privo di 'capacità giuridica') di una persona. Per conseguenza, la prescrizione delle controversie di stato (anche in tempi brevi) era vista inizialmente con favore e considerata come una conquista di civiltà giuridica, in quanto l'estinzione dell'azione implicava, anche se in modo mediato e indiretto, l'acquisto della libertà da parte dello schiavo, del liberto, del figlio: un angolo visuale, questo, ovviamente del tutto superato, e quindi ignoto agli ordinamenti giuridici attuali.

Tra le controversie relative alla condizione giuridica delle persone, particolare risalto avevano le *causae liberales*. Quanto alle dichiarazioni giudiziali di ingenuità e al loro possibile annullamento, si fissò un termine generalmente quinquennale. Così, sul finire del Principato, con un provvedimento imperiale di difficile identificazione si stabilì che l'ingenuità si potesse fare accertare solo entro un quinquennio dal giorno della manomissione<sup>162</sup>. Ulpiano<sup>163</sup> precisa che nell'arco dei cinque anni il processo doveva essere non solo iniziato, ma anche concluso. Se, però, dopo il decorso del quinquennio venivano alla luce documenti

<sup>162</sup> D. 40.14.2.1; D. 40.14.4. È molto incerta l'identificazione della *oratio* di cui è menzione nel testo papiniano in D. 40.14.4 con l'*oratio divi Marci*.

<sup>163</sup> D. 40.16.2.3.

all'antica azione civile *actio de arboribus succis*<sup>125</sup>. Sulla disciplina di queste azioni penali non ci soffermiamo ulteriormente, per la limitazione di questo studio alla sola prescrizione delle azioni civili reipersecutorie.

L'atteggiamento dei giustinianeî nei confronti della regola Cassiana e dei temperamenti ad essa apportati da Gaio non è univoco: e infatti, mentre nei Digesti<sup>126</sup> viene riprodotto il pensiero di Cassio, le Istituzioni giustiniane<sup>127</sup> prospettano l'inquadramento gaiano. Ma è quest'ultima fonte che rispecchia senz'altro più fedelmente le visuali bizantine, come del resto evidenzia il richiamo operato dai compilatori alle costituzioni imperiali anche, specificamente, in materia di prescrizione ordinaria delle azioni. Nel brano, ci si presentano «intrecciate la parte di provenienza gaiana e la parte di creazione giustiniana»<sup>128</sup>, nel senso che al concetto gaiano di perpetuità dell'azione viene attribuito il significato di «assoggettamento alla prescrizione ordinaria e correlativa sottrazione ad un termine più breve»<sup>129</sup>. La perpetuità dell'*actio furti manifesti* vie-

<sup>125</sup> D. 47.7.7.6.

<sup>126</sup> D. 44.7.35pr.

<sup>127</sup> I. 4.12 pr.

<sup>128</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 50.

<sup>129</sup> *Ibid.*

ne spiegata non più sulla base degli argomenti gaiani, bensì mediante il ricorso ad un ragionamento 'per assurdo' di tipo apodittico ('perché sarebbe assurdo che si estinguesse in un anno')<sup>130</sup>. È invece difficile dire se la riconduzione dell'annalità delle azioni pretorie, da parte dei bizantini, all'anno di carica magistratuale (*nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium*) affondasse le sue radici in un'argomentazione già espressa in età classica (ma estranea – di fatto – all'originario testo gaiano), o se costituisse una escogitazione originale dei compilatori<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> Secondo M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 50 s., il ricorso ad un ragionamento per assurdo di tipo apodittico costituirebbe verosimilmente «un ripiego, reso necessario dal fatto che le Istituzioni non hanno riprodotto, quando parlano del furto manifesto, la notizia gaiana sul mutamento della pena da capitale a pecuniaria» (*ibid.*): il contenuto di Gai 3.189 viene infatti riportato in I. 4.1.5 limitatamente alle parole '*poena manifesti furti quadrupli est tam ex servi persona quam ex liberi*'.

<sup>131</sup> Si bilanciano le opinioni contrarie alla verosimiglianza della classicità del collegamento tra l'annalità delle azioni pretorie e l'anno di carica magistratuale, con quelle favorevoli alla classicità dell'argomento dell'*annus imperii*. Nel silenzio dei testi classici, l'argomento dell'*annus imperii* non pare decisivo, dal momento che su tale base si sarebbe dovuto concludere per l'annalità di tutte le azioni pretorie, mentre

l'annualità delle azioni pretorie penali aveva originariamente di mira che la soddisfazione facesse seguito rapidamente all'offesa, nell'età imperiale la fissazione di limiti di tempo all'esercizio delle azioni rispose piuttosto all'esigenza, da un lato, che le situazioni consolidate nel tempo non venissero più scosse da vertenze e, dall'altro lato, di snellimento del contenzioso. Diminuzione del numero dei processi, stabilità e certezza dei diritti costituiscono dunque la nuova *ratio* della temporalità delle azioni.

È chiaro che soprattutto l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche doveva essere particolarmente avvertita in materia di *status* personali.

Nel diritto dell'età moderna e contemporanea, le azioni sullo stato della persona sono tendenzialmente imprescrittibili, poiché si considera che la personalità umana è intangibile, nei suoi elementi costitutivi, e che il decorso del tempo non debba valere come 'sanatoria' di un falso stato, o privare la persona dei diritti spettanti all'interno di una determinata famiglia. Nel diritto romano si partì da una prospettiva opposta. Le controversie di stato erano prevalentemente instaurate al fine di accertare la condizione servile, o di liberto, o di *filius familias* (il quale era sottoposto alla

## CAPITOLO III

### LA PRESCRIZIONE DELLE AZIONI NELL'ETÀ IMPERIALE

1. Limiti di tempo per i giudizi sugli *status* personali 2. La prescrizione delle azioni per il testamento inofficioso, per la donazione inofficiosa, per la dote inofficiosa, per la mancata erogazione di mutuo 3. La prescrizione delle azioni civili per decorso di *longum tempus* 4. Tra Costantino e Teodosio II 5. La riforma di Teodosio II

1. Limiti di tempo per i giudizi sugli *status* personali

Fu solo nell'ambito delle *cognitiones extraordinem* – il nuovo sistema procedurale affermatosi in Roma con l'avvento del Principato – che il tema della perdita dell'azione, assumendo uno sviluppo organico e tendenzialmente generalizzato, trovò quali suoi motivi ispiratori l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici e una migliore amministrazione della giustizia (attraverso l'eliminazione dei processi vertenti sulle liti più vecchie). Se, dunque,

2. L'individuazione del *dies a quo* nelle azioni pretorie annali e il decorso del tempo

Ai fini dell'esercizio delle azioni pretorie annali, il tempo si computa dal momento in cui si è avuta per la prima volta la *facultas experiundi*. L'attore deve dunque avere la possibili-

---

ciò non trova riscontro nella regola Cassiana (la cui validità resta ferma, nonostante le eccezioni e nonostante le «imprecise affermazioni di Gaio», come rileva M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 52). Se le azioni reipersecutorie erano in età classica per lo più perpetue e quelle penali, viceversa, generalmente annali, con evidenza l'annalità non dipendeva dalla durata della preture (altrimenti anche le azioni pretorie penali sarebbero dovute essere annali). E inoltre, se fosse stato valido il criterio del collegamento all'anno di carica, non si spiegherebbe perché l'azione poteva essere intentata entro un anno a decorrere dal momento *ex quo primum de ea re experiundi potestatis fuerit*, e non, come in quella prospettiva sarebbe stato più logico, entro la scadenza del pretore sotto cui era sorta la *potestas experiundi* (M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 53): se vi fosse stata dipendenza dalla scadenza dell'anno di carica del pretore, insomma, le azioni sarebbero state sottoposte ad un termine variabile, dal massimo di un anno, a un numero minimo di giorni, in ragione della maggiore o minore prossimità alla fine della magistratura (analogamente, cioè, a quanto si illustra in relazione alla disciplina degli *iudicia imperio continentia* in Gai 4.105, sopra esaminato in tema di estinzione del giudizio, al cap. I, §1).

tà concreta di promuovere il giudizio, e se intervengono alcuni tipi di ostacoli all'esercizio dell'azione, tali ostacoli devono cessare prima che si dia inizio al computo. Si tratta, dunque, di un anno utile, non di un anno continuo. Tanto risulta da un testo di Ulpiano<sup>132</sup>, dove si elencano come 'impedimenti' atti a ostacolare il decorso del tempo, ai fini del computo dell'anno, talune circostanze che riguardano le parti in causa o il magistrato.

Con riguardo alla parte attrice, si indicano come impedimenti alla *facultas experiundi* (e dunque come circostanze che impediscono il decorso del tempo): la malattia, l'incarcerazione o la prigionia di guerra, l'assenza per servizio allo Stato, la lontananza cagionata da tempesta, purché in questi casi l'attore, oltre a non potere esperire personalmente l'azione, non fosse stato neppure in condizione di conferire il relativo incarico ad altra persona (invece, se l'eventuale malattia dell'attore è tale da consentire di dare mandato per l'esercizio dell'azione, si ritiene sussistente la *potestas experiundi*).

Per quanto invece concerne la persona del convenuto, non consentono il decorso dell'anno utile: la mancanza di un convenuto

<sup>132</sup> Conservato in D. 44.3.1.

esercizio era fissato un termine più lungo (un anno, a fronte dei sei mesi previsti per la redibitoria)<sup>161</sup>.

Veniamo ora alla *ratio* della temporalità dei due rimedi all'esame. Le ragioni dell'annalità risiedevano nella qualità di *actiones honorariae* delle azioni edilizie: e, in considerazione del carattere originariamente penale almeno della redibitoria, si spiega l'assoggettamento delle azioni edilizie alla regola cassiana in D. 44.7.35 pr. Quanto poi alla eccezionale brevità di alcuni dei termini previsti per le azioni edilizie conseguenti a fattispecie particolari, va richiamata l'esigenza di rendere i traffici più rapidi e sicuri, anche assicurando i contraenti che eventuali questioni connesse con la compravendita sarebbero state risolte nel modo più sollecito. L'importanza di una disciplina così caratterizzata risalta specie ove si consideri che i mercanti di schiavi e animali erano prevalentemente stranieri e girovaghi (dunque difficilmente reperibili a distanza di tempo) e inoltre che buona parte delle vendite di schiavi e animali nei mercati cittadini si svolgevano secondo la particolare modalità delle vendite all'asta.

<sup>161</sup> Tanto afferma Pomponio, in un brano conservato in D. 21.1.48.2; sembrano ingiustificati i sospetti avanzati nel passato sulla classicità del testo.

vendita, il termine iniziava a decorrere dal momento della consegna del giumento.

Una eccezione, peraltro ben giustificata, a questa regola (decorso dei termini dal momento dell'infrazione giustificativa dell'azione) si riscontrava a proposito della mancata menzione, da parte del venditore, di un particolare 'vizio caratteriale' dello schiavo venduto: la sua inclinazione alla fuga (*servus fugitivus*). Dal momento che questo 'vizio', in quanto difetto caratteriale, non era immediatamente riconoscibile dal compratore dopo la consegna (diversamente dalle malattie e dai difetti fisici), l'*ignorantia facti* si considerava eccezionalmente rilevante. Ai fini della redibitoria, pertanto, il tempo decorreva dal momento in cui si verificavano i primi episodi reali di fuga (o tentativi di fuga) presso il nuovo proprietario, perché solo in coincidenza con queste circostanze si riteneva sorgesse la *potestas experiundi*<sup>159</sup>.

L'avvenuta prescrizione anche nell'ambito delle azioni edilizie poteva farsi valere mediante l'inserimento nella formula di una *exceptio*<sup>160</sup>. Ma al proponente di un'azione redibitoria respinta per avvenuta prescrizione restava accessibile l'azione estimatoria, ai fini del cui

<sup>159</sup> D. 21.1.55.

<sup>160</sup> D. 21.1.48.2.

in grado di difendersi, perché sconosciuto, o nascosto, o fuggito, o assente e non rappresentato (ipotesi che Savigny indicava come presumibilmente assai ricorrenti nel contesto dell'*actio vi bonorum raptorum* annale<sup>133</sup>).

Infine, in relazione al magistrato, giovava all'attore l'indisponibilità dell'organo giudicante, con riferimento non solo alle assenze accidentali del magistrato<sup>134</sup>, ma anche ai giorni in cui non vi fosse udienza. Proprio quest'ultima regola (arg. ex: *proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit*) viene indicata come l'impedimento verosimilmente più frequente, e dunque di maggiore incidenza pratica, a fronte degli altri, che dovevano rivestire (ad eccezione della fattispecie, segnalata da Savigny, della mancata individuazione del convenuto ai fini dell'*actio vi bonorum raptorum* annale in *quadruplum*) carattere eccezionale.

È stato opportunamente rilevato come l'elencazione degli impedimenti contenuta nel

<sup>133</sup> F. K. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., IV, 503 nn. cc.

<sup>134</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 55 e, ivi, nt. 98, ritiene applicabile sul punto il principio enunciato in D. 38.15.2.3 per l'istanza di *bonorum possessio*: trattandosi di un preside della provincia, esso si considerava presente se la sua dimora si trovava in una città vicina, ma si allungava il termine di prescrizione di un giorno per ogni venti miglia di viaggio.

brano ulpiano in D. 44.3.1 non si debba considerare esaustiva, risultando assente dall'elenco la menzione dei casi di impossibilità giuridica, quali: l'estinzione della *patria potestas* con riferimento all'*actio de peculio annalis*<sup>135</sup>, il mancato avverarsi della condizione nelle azioni a tutela di obbligazioni condizionali<sup>136</sup> ed altri ancora. Non costituivano invece impedimento alla *facultas experiundi* la minore età (per l'impubere doveva provvedere il tutore, per furiosi e prodighi il curatore, mentre il minore di 25 anni poteva agire in giudizio personalmente) e l'*ignorantia*, sia *iuris* (nell'ipotesi, cioè, che l'attore ignorasse il suo diritto di agire, o il rischio di prescrizione del suo diritto di agire per decorso dei termini), sia *facti* (per mancata conoscenza dei fatti che giustificavano l'esercizio dell'azione), almeno in linea di massima<sup>137</sup>.

Se gli impedimenti menzionati si verificano inizialmente, non vi è dubbio che essi sortivano l'effetto di ritardare l'insorgenza della *potestas experiundi*, procrastinando l'inizio del decorso dell'anno. Nel silenzio delle fonti, re-

<sup>135</sup> Vd. quanto già esposto *supra*, cap. II, § 1.

<sup>136</sup> D. 15.2.1.2.

<sup>137</sup> Sulle poche eccezioni riconosciute a questa regola, esposizione in M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 56 ss.

decorso del tempo poteva avere inizio addirittura anteriormente alla conclusione della compravendita<sup>158</sup>; e nel caso di mancata consegna delle bardature esposte con l'animale in

---

vi, rispetto alla compravendita, molti sono stati i tentativi, da parte degli studiosi, di specificare meglio il contenuto del frammento. Secondo un orientamento, il testo prenderebbe in considerazione l'ipotesi di affermazioni effettuate precedentemente alla conclusione della compravendita, ma la decorrenza del *tempus redhibitionis* sarebbe stata indicata in ogni caso nel momento della vendita. Una diversa opinione attribuisce ad Ulpiano l'intento di fare riferimento a dichiarazioni successive alla conclusione del contratto. Di recente, N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 148 ss., ha ipotizzato, con solida argomentazione, una differente lettura del testo, nel quale il diverso decorso dei termini ai fini dell'esercizio delle azioni redibitoria ed estimatoria sarebbe stato verosimilmente ricondotto al momento della falsa dichiarazione: in altre parole, qualora il venditore avesse esplicitamente escluso un difetto o promesso una qualità della merce di fatto inesistente, il decorso dei sei mesi per l'esercizio della redibitoria avrebbe avuto inizio già nel giorno della dichiarazione, e non nel (successivo) momento della conclusione della compravendita.

<sup>158</sup> Se le dichiarazioni false avevano preceduto la vendita, era dunque dal momento dei *dicta* che decorreva il termine dell'azione redibitoria: N. DONADIO, *La tutela del compratore*, cit., 152 s.

giorno intercalare degli anni bisestili<sup>155</sup>) avveniva secondo il criterio del *tempus utile*. È di particolare importanza che l'*ignorantia iuris* e *facti* non fossero considerate come un impedimento. Ciò comportava che i termini, ai fini della prescrizione dell'azione, non decorresse dal momento della scoperta del vizio, ma (non sussistendo altri ostacoli alla *facultas experiundi*) dal momento stesso dell'infrazione che giustificava l'esercizio dell'azione<sup>156</sup>.

Così, in ipotesi di omessa dichiarazione del vizio occulto, il termine decorreva dal momento di conclusione della compravendita (in quanto il 'silenzio' del venditore integrava violazione degli 'obblighi di informazione', introdotti dalle disposizioni edilizie, con riguardo al momento specifico della conclusione del contratto); se era stato espressamente escluso un difetto o si era falsamente promessa una qualità della merce in vendita, il decorso dei sei mesi ai fini della redibitoria si iniziava dal giorno in cui era stata resa la dichiarazione (giorno che poteva anche non essere lo stesso della conclusione del contratto<sup>157</sup>), dunque il

<sup>155</sup> D. 44.2.3.

<sup>156</sup> D. 21.1.19.6; D. 21.1.20, D. 21.1.38pr., C. 4.58.2, *Liber Syro-Romanus* 39, 113.

<sup>157</sup> Benché Ulpiano non chiarisca se i *dicta* in questione fossero da intendersi come antecedenti o successi-

sta invece oggetto di discussione quali conseguenze si riconnetterebbero all'insorgenza di detti ostacoli in corso d'anno. Secondo parte degli studiosi che si sono cimentati sulla questione, il verificarsi di tali eventi dopo l'inizio dell'anno avrebbe avuto l'effetto di sospendere il decorso dell'anno, dal cui computo sarebbero perciò stato sottratti i giorni in cui sussistesse l'impedimento (criterio del *tempus utile ratione cursus*)<sup>138</sup>; altri, viceversa, hanno asserito la vigenza del principio secondo cui, una volta venuta ad esistenza *ab initio* la *facultas experiundi*, l'anno avrebbe comunque continuato a decorrere, pure se nel corso di esso si fossero verificati ostacoli (criterio del *tempus utile ratione initii*)<sup>139</sup>. Quest'ultima costruzione è quella ritenuta attualmente – e con buon fondamento – più consona ai criteri fondanti il sistema romano delle azioni<sup>140</sup>. Dunque, non

<sup>138</sup> Ampia esposizione *infra*, A. TRIGGIANO, *Note*, cit.

<sup>139</sup> Anche per la discussione di questa teoria, vd. A. TRIGGIANO, *Note*, cit.

<sup>140</sup> Si è infatti sottolineata l'importanza di D. 2.7.4pr., D. 2.10.3pr., D. 36.1.51 (49), ai fini della individuazione della regola secondo cui, per il termine delle azioni, nonostante il sopraggiungere di un impedimento, l'anno doveva continuare a decorrere. Invece, la regola del *tempus utile ratione cursus* nelle fonti romane risulta applicata solo per il termine della *bonorum possessio* (D. 38.15.2pr.).

si verificava verosimilmente alcuna sospensione dei termini, ma, se per l'impedimento sopravvenuto l'azione si prescriveva, aveva luogo una *in integrum restitutio*<sup>141</sup>, concretante la reintegra dell'azione<sup>142</sup>.

### 3. Il compimento e l'efficacia della prescrizione

La prescrizione delle azioni pretorie annali s'intendeva compiuta solo alla fine dell'ultimo giorno del periodo richiesto (un anno): andava pertanto a beneficio dell'attore il tempo residuo tra l'ora corrispondente a quella in cui aveva avuto inizio la *facultas experiundi* e l'ora finale dell'ultimo giorno (D. 44.7.6), così come il giorno intercalare degli anni bisestili, che era escluso dal computo (D. 44.3.2). Ma, in epoca classica, ad evitare la prescrizione non si reputava sufficiente il mero esercizio dell'azione, richiedendosi invece l'avvenuta *li-*

<sup>141</sup> Il rimedio restitutorio risulta dal testo editale nella ricostruzione leneliana, sulla base di D. 4.6.1.1 (O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 120 s.)

<sup>142</sup> È chiaro che se fosse stata applicata la regola della sospensione la concessione del rimedio restitutorio risulterebbe priva di senso.

di suo gradimento<sup>151</sup>; 3) nei confronti del venditore di giumenti che non avesse consegnato gli *ornamenta* con cui l'animale era stato bardato all'atto della vendita, fattispecie per la quale gli edili concedevano al compratore, in alternativa, un'*actio de ornamentis restituendis*, esperibile anch'essa nel termine di due mesi<sup>152</sup>.

L'azione estimatoria era concessa ordinariamente entro un anno<sup>153</sup>, e si prescriveva nel termine di sei mesi nel solo caso, già illustrato in materia di redibitoria, del rifiuto di garantire l'assenza di vizi occulti da parte del venditore di schiavi<sup>154</sup>.

In ordine ai principi che governavano il computo dei termini, si faceva riferimento a quelli valevoli per le azioni pretorie annali, e dunque: il termine decorreva dal primo momento in cui si era avuta la *potestas experiundi*, e il computo dei giorni (da cui restava escluso il

<sup>151</sup> D. 21.1.31.22-23; dal passo ulpiano risulta che la prescrizione della redibitoria si verificava però dopo due mesi solo a condizione che i contraenti non avessero stabilito, con il *pactum displicentiae*, un termine diverso, o come pure era possibile, la facoltà di risoluzione in perpetuo.

<sup>152</sup> D. 21.1.38pr.

<sup>153</sup> Lo attestano D. 21.1.19.6; D. 21.1.19.38pr.; D. 21.1.19.48.2; C. 4.58.2.

<sup>154</sup> D. 21.1.28.

Le due azioni edilizie, la redibitoria (volta a riottenere il prezzo pagato o l'esonero dal pagamento del prezzo non ancora pagato, previa restituzione della merce difettosa – schiavi o animali – acquistata) e la estimatoria (diretta alla riduzione del prezzo, in considerazione dei vizi occulti della merce) potevano essere esperite entro un termine variabile, che andava da un massimo di un anno a un minimo di due mesi.

Di regola, l'azione redibitoria andava esercitata entro sei mesi<sup>149</sup>, ma si applicava il termine più breve, quello di sessanta giorni, in tre casi particolari: 1) quando l'acquirente avesse chiesto al mercante di promettergli mediante *stipulatio* l'assenza di vizi occulti dello schiavo in vendita e quello si fosse rifiutato di prestare la cauzione<sup>150</sup>; 2) ancora nei confronti del venditore di schiavi, in caso di conclusione di *pactum displicentiae*, in forza del quale si attribuiva al compratore la facoltà di recedere dal contratto, se la merce non risultava

<sup>149</sup> Sul termine ordinario della redibitoria: D. 21.1.19.6; D.21.1.19.38pr.; D. 21.1.19.48.2; D. 21.1.19.55; C. 4.58.2 ; *Paul. Sent.* 2.17.5, *Liber Syro-Romanus* 39, 113.

<sup>150</sup> D. 21.1.28.

*tis contestatio* (D. 27.7.8.1<sup>143</sup>); solo in diritto giustiniano si stabilì che la prescrizione si interrompesse con la citazione.

Quanto all'efficacia del compimento della prescrizione, occorre tenere distinti i casi in cui l'annalità dell'azione era espressamente stabilita nell'editto pretorio, dai casi in cui non lo era. Quando il pretore prometteva l'azione per un solo anno (come ci risulta da D. 4.2.14.1 per l'*actio quod metus causa in quadruplum*), e ciò trovava riscontro nella formula<sup>144</sup>, vi compariva una *exceptio*. Ma frequentemente nell'editto pretorio non si faceva menzione dell'annalità dell'azione (se il termine era stato posto in sede di interpretazione giurisprudenziale o dalla prassi) e in tale eventualità, qualora il pretore non avesse proceduto ad una *denegatio actionis*<sup>145</sup>, era onere del convenuto ef-

<sup>143</sup> Vd. anche D. 50.17.139pr., D. 40.12.24pr., D. 46.2.29, D. 12.2.9.3.

<sup>144</sup> In tale senso la ricostruzione di O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, 112, corroborata da C. 2.19 (20).4.

<sup>145</sup> I modi dell'operatività processuale della prescrizione dell'azione saranno discussi *infra*, cap. IV, § 7. Se si ammette l'ipotesi che il pretore denegasse l'azione prescritta (va però precisato che nelle fonti pervenute mancano attestazioni di *denegatio actionis* per esercizio di azione dopo il decorso del termine annale), occorre concludere che il convenuto evitava la fase *apud iudicem*, ma restava esposto al rischio che l'attore

fettuare richiesta per l'inserimento nella formula di una *exceptio annua* (o *annalis*) generica, che nella ricostruzione del Lenel risulta così concepita: *Si non plus quam annus est, cum experundi potestas fuit*<sup>146</sup>.

Poteva darsi il caso che il convenuto, benché l'azione fosse stata nei suoi confronti esperita dopo il decorso del termine, non si avvalesse della sua facoltà di richiedere l'*exceptio* ed effettuasse la prestazione dovuta. La testimonianza delle fonti sul tema è assai oscura e ambigua, anche per la probabile alterazione di alcuni testi classici, e su questo elemento di incertezza si è acceso un lungo dibattito tra gli studiosi, su cui torneremo più avanti<sup>147</sup>. Tuttavia, in linea di massima, i testi giuridici classici relativi alle azioni pretorie annali non sembrano configurare una obbligazione naturale a carico del debitore che adempisse in modo spontaneo, successiva-

---

esercitasse la stessa azione presso un altro pretore (dal momento che la *denegatio actionis* non aveva l'efficacia della *res iudicata*); mentre questo inconveniente si evitava con l'opposizione della *exceptio annalis*, sempre che l'attore non decidesse di ritirarsi, una volta constatata la concessione magistratuale dell'*exceptio* al convenuto.

<sup>146</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., 505.

<sup>147</sup> Vd. *infra*, cap. IV, §§ 8 ss.

mente alla prescrizione; la prestazione, pertanto, in quanto *solutio indebiti*, poteva essere ripetuta. Emerge invece, da alcune fonti (però non esenti dal sospetto di tarde alterazioni), la persistenza, anche dopo il decorso dell'anno, di una responsabilità nei limiti dell'arricchimento, a carico dell'autore di un illecito penale: dunque, le «azioni penali annali (...) sarebbero sostituite *post annum* da azioni *in id quod pervenit*»<sup>148</sup>.

#### 4. La prescrizione delle azioni edilizie

Di notevole interesse, anche per la probabile ampia portata della sua incidenza pratica, si presenta il tema dei particolari limiti di tempo posti ai rimedi processuali introdotti, nel III o nel II sec. a.C., con gli editti degli edili curuli, a tutela di chi avesse acquistato, nei mercati cittadini, schiavi o animali affetti da vizi non dichiarati, o espressamente negati, dal venditore.

---

<sup>148</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 65, il quale reputa una creazione giustiniana l'azione postannale nei limiti dell'arricchimento contro l'autore del *delictum* (*ibid.* 66). I testi fondamentali sulla questione sono D. 4.3.28; D. 42.8.10.24; D. 43.1.4; D. 43.16.1pr.; D. 43.16.3.12.

una riduzione della loro entità<sup>255</sup>, Giustiniano sancì una prescrizione estintiva per le prestazioni periodiche accessorie a un debito principale (traendo da ciò occasione per tracciare una disciplina limitativa delle usure): la prescrizione trentennale, o quarantennale, in relazione ai contratti per cui fosse prevista la decorrenza di interessi, doveva avere inizio dal momento in cui il debitore non avesse pagato al creditore quanto gli doveva a titolo di *usurae*. Gli interessi, dunque, si prescrivevano a partire dalla scadenza, e i creditori decaduti dall'azione (per effetto della prescrizione dell'azione) non avrebbero potuto più muovere alcuna questione in ordine alle *usurae* o ai frutti. È interessante notare come le disposizioni si articolino in un'ottica squisitamente processuale: il debitore acquisiva il diritto di formulare l'eccezione di prescrizione dopo trenta (o quaranta) anni dalla scadenza degli interessi, e i creditori alla cui azione fosse stata opposta l'eccezione di prescrizione della prestazione accessoria non potevano più avanzare pretese al riguardo.

Nel 530, Giustiniano abolì l'*exceptio annalis Italici contractus* – oscura eccezione, dichiarata

<sup>255</sup> Così F. FASOLINO, *Studi*, cit., 160. I testi in materia sono: C. 4.32.26pr.; C. 7.39.8.4.

periodo classico sorse una disputa circa il momento in cui si dovesse iniziare il computo del tempo: mentre secondo Modestino il termine cominciava a decorrere dalla morte del testatore, Ulpiano (la cui opinione fu poi accolta da Giustiniano) riteneva che il computo dovesse cominciare dall'adizione dell'eredità<sup>186</sup>.

Quanto all'esercizio dell'azione per il testamento inofficioso, ove legittimato attivo fosse un minore, il decorso del tempo non aveva inizio che dal raggiungimento della maggiore età<sup>187</sup>. Se il testamento inofficioso conteneva manomissioni di schiavi, queste si ritenevano valide dopo il compimento del quinquennio (mentre cadevano entro i cinque anni, se il testamento era inficiato<sup>188</sup>) e la prescrizione poteva essere fatta valere dall'erede mediante l'opposizione di una *praescriptio*<sup>189</sup>.

Una prescrizione quinquennale fu prevista anche per la più tarda *querella inofficiosae dona-*

C. 1.7.2; *int.* a CTh. 2.20.1; *Lex Rom. Burg.* 31.2; C. 3.28.34.1, dell'anno 531.

<sup>186</sup> La notizia della controversia giurisprudenziale si ricava da un testo giustiniano: C. 3.28.36.2, dell'anno 531.

<sup>187</sup> C. 2.40 (41).2

<sup>188</sup> D. 5.2.8.17; D. 5.2.9.

<sup>189</sup> C. 2.40 (41); C. 3.28.16.

*tionis (ad instar inofficiosi testamenti: C. 3.29.1<sup>190</sup>), nonché per la querella inofficiosae dotis (ad exemplum inofficiosi testamenti: CTh. 2.21.1 = C. 3.30.1, a. 358).*

L'azione con cui si affermava l'inesistenza di un obbligo, dedotto come oggetto di *stipulatio (querella non numeratae pecuniae* letteralmente, azione per il mancato ricevimento del denaro), prima di Diocleziano si prescriveva, sembra, entro un anno<sup>191</sup>, mentre il quinquennio introdotto da Diocleziano<sup>192</sup> fu infine sostituito da Giustiniano con un *biennium continuum*<sup>193</sup>.

### 3. La prescrizione delle azioni civili per decorso di *longum tempus*

Si è già avvertito che nel diritto romano dell'età tardo-classica gli effetti estintivi del decorso del tempo furono indissolubilmente legati ai profili acquisitivi. Il tema della perdita dell'azione civile per decorso del tempo non

<sup>190</sup> C. 3.29.1, 2, 4, 6, 8pr.; *Vat. Fragm.* 270, 271, 293.2 (= C. 4.38.4); CTh. 2.20.1 (= C. 3.29.9).

<sup>191</sup> Vd. sul punto M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 133 s.

<sup>192</sup> La disposizione risulta anche da *int.* a CTh. 2.27.1, *Lex Rom. Burg.* 31.2, C. 4.30.14pr., I. 3.21.

<sup>193</sup> C. 4.30.14pr., dell'anno 528.

se, per esempio, l'ipotesi di assenza per qualsiasi ragione (non solo *rei publicae causa*).

Quanto alle prescrizioni speciali (fondate su termini più brevi), è discutibile la collocazione, tra queste, della *longi temporis praescriptio*. Da un lato, si può ritenere che, se Giustiniano ripropose i termini decennali o ventennali per la *longi temporis praescriptio*, non lo fece per costituirla come un caso di prescrizione speciale: all'epoca, infatti, la *longi temporis praescriptio* si era trasformata in un modo di acquisto della proprietà, perdendo così definitivamente la sua originaria natura estintiva, al punto da non avere praticamente più nulla a che vedere con la prescrizione, quale perdita dell'azione. Ciò risulta dalla legge del 528 in C. 7.39.8<sup>253</sup>, in cui si ribadiva il carattere acquisitivo dell'istituto. Tuttavia, come si è accennato più sopra<sup>254</sup>, nella stessa costituzione si rinnovava il vigore della *longissimi temporis praescriptio*, dall'ambigua natura ora acquisitiva, ora estintiva. Complessivamente, la 'nuova usucapione' giustiniana restava ibrida, conservando profili estintivi, accanto a quelli acquisitivi.

Nella prospettiva di una riduzione del saggio degli interessi (*usurae*) e, più in generale, di

<sup>253</sup> Ma vd. anche C. 4.32.26.

<sup>254</sup> Cap. I, § 2.

trentennale da Giustiniano<sup>249</sup>. Tuttavia, anche il diritto giustiniano ammise sporadici casi di imprescrittibilità, come più avanti si illustrerà.

In ordine al decorso dei termini di prescrizione e all'interruzione, Giustiniano mantenne i principi introdotti da Teodosio II (risulta riprodotto, infatti, il tratto *quae-conventio*), integrandone però la disciplina. Si omise, invece, la regola teodosiana della prescrizione trentennale per l'azione tempestivamente promossa e poi abbandonata (fattispecie in qualche misura accostabile alla figura moderna della decadenza)<sup>250</sup>: l'Imperatore elevò a quarant'anni la prescrizione dell'azione abbandonata nel corso del processo<sup>251</sup>, innovazione che Gotofredo<sup>252</sup> spiegò poi con la considerazione che minore è la negligenza di chi almeno promuove l'azione, benché in seguito l'abbandoni (*Quia scilicet minor eius, qui saltem litem contestatus fuisset, foret negligentia*).

I casi di sospensione del decorso dei termini furono aumentati: Giustiniano introdusse

<sup>249</sup> C. 3.39.3pr., 5-6; C. 7.39. Sul punto, vd. *supra*, cap. III, § 5.

<sup>250</sup> Vd. *supra*, cap. I, § 2; vd. anche cap. II, § 4.

<sup>251</sup> C. 7.39.9, dell'anno 529; C. 7.40.1.1e, dell'anno 530.

<sup>252</sup> *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, 429.

può quindi essere trattato senza il richiamo agli aspetti acquisitivi, propri della *praescriptio longi temporis*.

I requisiti richiesti ai fini della *praescriptio longi temporis* furono, secondo l'attestazione di BGU 267: una *possessio* incontrovertibile e ininterrotta, protratta per un congruo lasso di tempo (dieci o venti anni, e la differenza si individuò, non senza incertezze, a seconda, rispettivamente, che le parti risiedessero nella stessa città – o provincia –, o in città – o province – diverse, a meno che il bene posseduto fosse pubblico, nel qual caso il possesso doveva essere sempre ventennale), e un titolo (*iustum initium*, requisito che già ai tempi di Gordiano e Diocleziano fu ritenuto in qualche misura coincidente con la nozione di *bona fides*<sup>194</sup>). In presenza di un 'inizio secondo diritto'<sup>195</sup>, non nuoceva la sopravvenuta mala fede da parte del possessore. Una volta verificata la perdurante inerzia del titolare del diritto (il quale non muovesse controversia per *longum tempus*), si considerava irrilevante che il possesso 'cambiasse di mano', purché per

<sup>194</sup> Si vd., di Gordiano, C. 3.32.4, dell'anno 238; C. 5.73.1, dell'anno 238. Di Diocleziano, C. 4.26.10; C. 7.33.2, 6, 9, 10; C. 7.35.7.

<sup>195</sup> Diocleziano sembra escludere la sufficienza di un titolo putativo: C. 7.29.4; C. 7.33.4.

ogni successivo possessore sussistessero i requisiti richiesti: si ammise, dunque, a partire da un rescritto degli stessi Settimio Severo e Caracalla<sup>196</sup>, l'*accessio possessionis*, cioè la facoltà di aggiungere al proprio possesso quello del proprio dante causa, ai fini del computo del tempo necessario per la *longi temporis praescriptio*.

Il possesso doveva essere incontrovertito non solo nel momento iniziale, ma per tutta la sua durata: l'esercizio di un'azione processuale durante il decorso del tempo aveva efficacia interruttiva. Se tuttavia l'interessato non esercitava l'azione per una valida ragione (ad es., perché minore o militare), già nel 224 d.C. fu prevista la sospensione dei termini<sup>197</sup>: il tempo non decorreva per tutto il periodo in cui sussisteva la valida *excusatio* e il computo si riprendeva al momento della sua cessazione. Così, si prevede in favore dei pupilli e dei minori che nei loro confronti la *longi temporis praescriptio* decorresse dal raggiungimento della maggiore età<sup>198</sup>; fu stabilita la sospensione anche nei confronti degli *absentes rei publicae causa* (per il periodo in cui erano impegnati nei

<sup>196</sup> I. 2.6.13.

<sup>197</sup> C. 7.35.1. Sembra che tale rimedio non fosse invece riconosciuto ancora nel 218 d.C.: C. 2.18 (19).8.

<sup>198</sup> C. 7.35.3, dell'anno 290.

prescrizione estintiva in materia di interessi<sup>247</sup> e alla celebre *lex properandum*, di cui si dirà a breve).

Veniamo, allora, ad una esposizione più dettagliata. Giustiniano si limitò ad accogliere il principio della generale prescrittibilità delle azioni, come introdotto da Teodosio II, ma vi apportò alcune modifiche. Significativi sono i ritocchi terminologici ravvisabili all'interno del tratto *sicut...metuenda (actiones in rem speciales, actiones de universitate)*. Della norma di Teodosio risulta riprodotto il tratto *eodem vindicare*, relativo all'*actio hypothecaria*, ma esso crea una discrasia con il diritto giustiniano, dal momento che già con Giustino era divenuta prescrittibile anche l'*actio hypothecaria* promossa contro il debitore<sup>248</sup>. Coerentemente con le riforme della materia intervenute tra Teodosio e Giustiniano, venne invece soppressa la menzione dell'azione di regolamentazione di confini (*actio communi dividundo*), quale eccezione alla regola della prescrittibilità di tutte le azioni, dal momento che sino dai tempi di Anastasio tale rimedio era diventato prescrittibile con termine quarantennale, poi ridotto a

<sup>247</sup> C. 7.39.8.4, su cui F. FASOLINO, *Studi sulle 'usurae'*, Salerno, 2006, 160 ss.

<sup>248</sup> C. 7.39.3pr., 7; C. 7.40.1.1c.

## 1. Giustiniano e la legge di Teodosio

Per conoscere l'istituto della prescrizione nel diritto di Giustiniano dobbiamo fare riferimento prevalente al Codice, che è ricco di notizie al riguardo. Invece, la prescrizione di trenta o quaranta anni è rimasta ignota ai Digesti (nonostante tutte le interpolazioni subite da questa parte della compilazione). Anche nelle Istituzioni giustinianee troviamo poche notizie, ad eccezione dell'importante testo in I. 4.12pr. Complessivamente, questo quadro sembrerebbe denotare un interesse piuttosto scarso, da parte dei bizantini, per la materia della prescrizione, o comunque meno intenso rispetto a quello dimostrato da Teodosio: ma la ragione dell'esiguo numero di interventi normativi è più verosimilmente nel fatto che la disciplina della prescrizione dell'azione era già stata tracciata in modo pressoché completo e soddisfacente da Teodosio. Al contrario, che Giustiniano guardasse con attenzione ai problemi di contenimento dei tempi processuali e alla chiarificazione dei rapporti ci è dimostrato da un certo numero di interventi mirati – nella loro specificità – e tutt'altro che insignificanti (si pensi alle disposizioni sulla

compiti di rilevanza istituzionale<sup>199</sup>), dei *capti ab hostibus* (per la durata della prigionia<sup>200</sup>), dei militari (limitatamente al periodo della spedizione<sup>201</sup>). È chiaro che una volta ammessa l'applicazione della sospensione, il requisito del tempo ai fini della prescrizione non si poteva più qualificare *continuum*, come pure ancora si legge nelle *Pauli Sententiae*<sup>202</sup>.

Il fenomeno dell'interruzione civile si spiega appunto con la natura processuale della *longi temporis praescriptio*: trattandosi di una prescrizione dell'azione, il comportamento inerte dell'attore rivestiva fondamentale importanza. Se, viceversa, prima del decorso del termine il titolare del diritto intentava l'azione, la prescrizione si interrompeva e, perché i termini prendessero a decorrere *ex novo*, era necessario che sussistessero tutti i requisiti richiesti. L'effetto interruttivo era dato inizialmente non dal semplice esercizio dell'azione, bensì dalla *litis contestatio* delle procedure *extra ordinem*<sup>203</sup>, ma Giustiniano rese più semplice l'interruzione, stabilendo che fosse sufficiente

<sup>199</sup> C. 7.35.2, dell'anno 286.

<sup>200</sup> C. 7.35.6, dell'anno 294.

<sup>201</sup> C. 7.35.1, dell'anno 224; C. 2.50 (51).8 = C. 7.35.8.

<sup>202</sup> *Paul. Sent.* 5.2.3.

<sup>203</sup> *Paul. Sent.* 5.2.4-5.

una protesta, purché manifestata in determinate forme<sup>204</sup>.

Con gli interventi giustiniani si conferì maggiore chiarezza anche ad altri contorni della fattispecie<sup>205</sup>: la *praescriptio* poteva essere opposta da chi avesse posseduto per dieci anni *inter praesentes* (da intendersi nel senso che le parti fossero domiciliate nella stessa città o provincia), o per venti *inter absentes* (parti domiciliate in città o province diverse), mentre si considerava irrilevante la collocazione della *res litigiosa*.

Veniamo ora all'ambito di applicazione dell'istituto. Quando la *longi temporis praescriptio*, di origine provinciale, a partire dall'anno 199 d.C. fece il suo ingresso nell'ordinamento giuridico romano<sup>206</sup>, essa risultò opponibile non solo all'azione di rivendica esercitata dal proprietario sprossessato, ma anche all'*actio Serviana*, esercitata dal creditore pignoratorio per ottenere la *res obligata*, a seguito dell'inadempimento da parte del debitore. In questa seconda applicazione (c.d. *longi temporis praescriptio adversus creditorem*), la *praescriptio* poteva essere opposta solo dal possessore, e non dal debitore o dal suo erede, in quanto solo il primo po-

<sup>204</sup> C. 7.40.2.1.

<sup>205</sup> C. 7.33.1,2,12; *Paul. Sent.* 5.2.4.

<sup>206</sup> Vd. *supra*, cap. I, § 2.

iniziatosi con i Glossatori e con i Commentatori<sup>246</sup>.

## CAPITOLO IV

### LA PRESCRIZIONE ESTINTIVA NEL *CORPUS IURIS CIVILIS*

1. Giustiniano e la legge di Teodosio 2. I termini di prescrizione in vigore al tempo di Giustiniano 3. L'inizio di decorrenza della prescrizione 4. L'interruzione 5. La sospensione: *praescriptio dormit* 6. *Successio* e *accessio temporis* 7. L'operatività processuale della prescrizione estintiva: l'*exceptio* 8. La rinuncia alla prescrizione 9. Perdita dell'azione e obbligazione naturale 10. Perdita dell'azione, pagamento indebito, donazione 11. Il percorso verso la disciplina moderna della 'prescrizione dell'azione'

<sup>246</sup> Lo sottolinea M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 229.

Con i §§ 12 e 13 della *Novella Valentiniani* 35, *De episcopali iudicio et de diversis negotiis*, del 452, Valentiniano III tornò sul tema della prescrizione, per introdurre una eccezione alla regola della prescrizione trentennale delle azioni, peraltro collegata ad uno specifico accadimento: la durata dell'occupazione dell'Africa da parte dei Vandali andava sottratta dal computo del tempo ai fini della prescrizione delle controversie locali. La disposizione si poneva sulla scia di quanto già disposto da Onorio<sup>244</sup>.

In Occidente, la prescrizione teodosiana fu in seguito stabilmente osservata e adottata da tutte le leggi romano-barbariche. La *Lex Romana Burgundionum*<sup>245</sup> estese anzi il termine ordinario trentennale anche ai casi per i quali il diritto romano prevedeva termini speciali: controversie fiscali, reintegrazione nei confini, processi di schiavitù. Attraverso questi passaggi, nel nascente diritto della Chiesa e nei diritti dell'Alto Medioevo, la regola della prescrizione delle azioni si applicò prima ancora che il ritrovamento, nel XII secolo, della compilazione giustiniana offrì una solida base testuale all'intenso lavoro interpretativo,

<sup>244</sup> Procop., *de bello Vand.*, 1.1.3.

<sup>245</sup> 31.1; 39.3; 44.1.

teva essere in possesso del requisito dell'«inizio secondo diritto» (*iustum initium*)<sup>207</sup>.

La cancelleria imperiale respinse invece ripetute richieste di applicazione della *longi temporis praescriptio* alla petizione di eredità, ai giudizi divisorii, a talune azioni personali (quale l'*actio pigneraticia*<sup>208</sup>). Nell'età giustiniana, la *longi temporis praescriptio* si applicò anche alle servitù e a tale riguardo vennero richiesti gli stessi requisiti richiesti per le cose corporali<sup>209</sup>.

#### 4. Tra Costantino e Teodosio II

Per comprendere compiutamente la norma sulla prescrizione generale delle azioni di Teodosio II, occorre ripercorrere con particolare attenzione le vicende istituzionali, pertinenti al tema della perdita dell'azione, che caratterizzarono l'esordio del dominio.

In linea di massima, va osservato che la nuova aspirazione alla chiarificazione dei rapporti e alla certezza del diritto aveva indotto alla introduzione di nuove prescrizioni, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, di cui

<sup>207</sup> Rimaneva però impregiudicata l'azione personale contro il debitore: D. 44.3.12; C. 4.10.7.1; C. 7.36.1.

<sup>208</sup> C. 4.24.10, 12.

<sup>209</sup> C. 7.33.12.4.

poi si era tentato di estendere l'applicabilità. Lo strumento cui la prassi aveva fatto ricorso per affermare la prescrizione di taluni rapporti era rappresentato dalla *longi temporis praescriptio*, «portata fuori dai suoi originari confini»<sup>210</sup>, e applicata ai giudizi divisorii, alla petizione di eredità, persino alle azioni personali, come sopra si è constatato. Fu Diocleziano, definito come l'estremo baluardo e strenuo difensore del diritto romano classico, l'ultimo imperatore a tentare di contrastare tale tendenza: emblematici, al riguardo, paiono sia il rifiuto, all'unico possessore della cosa comune, dell'opposizione del decorso del tempo al condomino che rivendicasse la sua parte, con la motivazione che il possesso protratto nel tempo non comportava la perdita delle azioni divisorie (*neque familiae erciscundae iudicium neque communi dividundo actio excluditur longi temporis praescriptione: C. 7.34.3*)<sup>211</sup>, sia la negazione della *longi temporis praescriptio* per la petizione di

<sup>210</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 213.

<sup>211</sup> C. 7.34.3. L'*actio finium regundorum* fu però sottratta alla prescrizione anche in seguito, fino ad Anastasio: vd. *infra*, cap. III, § 5.

stasio<sup>241</sup>), mentre sembra di dovere escludere dal novero l'*actio hypothecaria* contro il debitore, dal momento che ancora Giustino ne ricordava la perpetuità, per porvi finalmente rimedio<sup>242</sup>, con una costituzione prolissa e di difficile lettura.

La legge di Teodosio II fu emanata ed ebbe formalmente vigore solo nella parte orientale dell'Impero. Valutata l'opportunità pratica della riforma, per renderla effettivamente operante nell'Impero d'Occidente (in alcune aree del quale la prescrizione trentennale era in precedenza sconosciuta<sup>243</sup>), e per evitare, al tempo stesso, la diffusione di interpretazioni aberranti della norma (§ 3), Valentiniano III dovette emanare, nel 449, una costituzione, la *Novella Valentiniani 27, De triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda*, con cui si comminava anche una pena pecuniaria a carico dei trasgressori (§ 7). Pur sottolineando la generale applicabilità della prescrizione teodosiana, Valentiniano confermò la disposizione di Onorio, che prevedeva il termine trentennale per le liti sui *coloni*, ma solo ventennale per le controversie relative alle *coloniae*.

<sup>241</sup> C. 7.39.5-6.

<sup>242</sup> C. 7.39.7pr.

<sup>243</sup> Sidon. Apoll. *epist.* 8.6.7.

cui determinazione era ammesso anche il computo del possesso dei predecessori, purché si fosse regolarmente pagato il canone annuale, o beneficiato di esenzione quarantennale dal pagamento di questo). L'uso promiscuo, all'interno del testo, dei termini *possessio* e *dominium*, se da un lato dimostra lo sfocamento nei contorni di tale contrapposizione classica e quindi l'incertezza nella qualificazione degli enfiteuti come proprietari o come possessori, per altro verso costituisce l'ennesima evidenza della contaminazione concettuale e pratica, propria dei testi giuridici del Tardoantico, tra prescrizione estintiva e acquisitiva.

Inoltre, Anastasio introdusse, con una innovazione di notevole rilievo, una prescrizione quarantennale per tutte le azioni rimaste fino ad allora perpetue. Non è però chiaro quali rimedi l'Imperatore intendesse richiamare: forse il provvedimento va riferito all'azione di regolamentazione di confini (*actio finium regundorum*)<sup>240</sup>, e ancora più dubitativamente alle azioni per ricondurre i curiali al loro stato e per le riscossioni di tributi e canoni pubblici (la cui perpetuità è verosimile che fosse stata negli anni precedenti sancita proprio da Ana-

<sup>240</sup> Vd. anche quanto accennato *supra*.

eredità esperita contro il possessore *pro herede* o *pro possessore*<sup>212</sup>.

L'applicazione estensiva «più audace»<sup>213</sup> della *longi temporis praescriptio*, in periodo classico, fu senz'altro quella relativa alle azioni personali. La evidente eterogeneità di tali strumenti processuali, rispetto alla particolare funzione originaria dell'istituto (la difesa del possesso dei beni prolungato nel tempo), indusse in più occasioni gli ultimi giureconsulti classici e le cancellerie del III sec. d.C. a contrastare la tendenza ad un'applicazione così anomala dell'istituto: Papiniano si espresse sfavorevolmente all'applicazione della *longi temporis praescriptio* all'*actio empti*<sup>214</sup>, Caracalla la negò in relazione all'*actio negotiorum gestorum*<sup>215</sup>, Diocleziano per l'*actio pigneraticia*, per l'*actio tutelae* e ancora per l'*actio empti*<sup>216</sup>, giungendo infine ad una disposizione di carattere generale, intesa a stroncare l'estensione della *longi temporis praescriptio* a qualsivoglia azione persona-

<sup>212</sup> C. 3.31.7pr.; C. 6.30.8; C. 7.34.4. Tale applicazione estensiva della *longi temporis praescriptio* fu invece ammessa da Teodosio: vd. *infra*, nel testo.

<sup>213</sup> M. AMELOTI, *La prescrizione*, cit., 215.

<sup>214</sup> *Fragm. Vat.* 7.

<sup>215</sup> C. 2.18 (19).8.

<sup>216</sup> C. 4.24.10pr., 12; C. 5.51.8; C. 8.44 (45).21pr.

le<sup>217</sup>. Ma la frequenza con cui l'applicazione della *longi temporis praescriptio* veniva invocata presso gli uffici imperiali, per realizzare in concreto la prescrizione delle azioni personali, rivela che l'esigenza di tutela del debitore (*ratio* che molti interpreti pongono alla base di determinate applicazioni dell'istituto moderno della prescrizione) cominciava ormai a diffondersi nella coscienza sociale del tempo.

Con specifico riguardo alla sicurezza del possesso dei beni, di particolare interesse si presenta l'introduzione, da parte di Costantino, di una figura parzialmente nuova, la *longissimi temporis praescriptio*, cui sopra si è già fatto cenno. Si trattava di una prescrizione non più decennale o ventennale, bensì quarantennale, a seguito della quale il possesso non poteva più subire contestazioni, anche se privo di *iustum initium*: il decorso di un tempo particolarmente lungo sanava, in un certo senso, la carenza di titolo.

Dell'istituto, che affondava le sue radici, con evidenza, nella vecchia *longi temporis praescriptio* precedentemente illustrata<sup>218</sup>, appren-

<sup>217</sup> C. 7.35.5, dell'anno 293: *Neque mutui neque commodati aut depositi seu legati vel fideicommissi vel tutelae seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obici posse certi iuris est.*

<sup>218</sup> Cap. I, § 2; cap. III, § 3.

vengono concessi altri dieci anni per la promozione dell'azione. Per l'ipotesi in cui invece sia decorso un tempo inferiore ai trent'anni, ma superiore a venti, il tempo residuo viene ugualmente esteso a dieci anni. Infine, se il tempo decorso è inferiore a venti anni, il soggetto interessato può giovare di tutto il tempo residuo, fino al compimento del trentennio (dunque, di un tempo più lungo di dieci anni). In ogni caso, qualora sia lasciato decorrere inutilmente il tempo concesso dalla disposizioni transitorie, a nessuno può giovare l'asserita ignoranza della promulgazione della nuova legge, ai fini di una rimessione in termini (*...etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit*).

Tale disciplina rimase complessivamente inalterata fino ad una significativa riforma, varata ancora in Oriente, da Anastasio, nel 491<sup>239</sup>, di cui, tuttavia, apprendiamo notizia solo da testi forse non esenti dai rimaneggiamenti dei compilatori giustiniane.

Si dispose che nei confronti dei concessionari di terreni dati in enfiteusi sulla base di qualunque titolo (e persino senza titolo) non si potesse promuovere azione giudiziaria dopo quaranta anni di possesso continuo (per la

<sup>239</sup> C. 7.39.4; C. 11.62 (61).14.

*nis*<sup>238</sup>. La *ratio* alla base della previsione di termini più brevi, rispetto al regime ordinario della prescrizione, è ovviamente diversa, nelle varie fattispecie: ristabilimento dell'ordine pubblico e prevenzione del *crimen vis*, tutela dell'interesse del fisco a una rapida e incontestabile individuazione del contribuente, o viceversa, tutela dei cittadini rispetto alle pretese di un fisco rapace quanto inefficiente, etc.

La legge di Teodosio si chiude con alcune 'norme transitorie e disposizioni di attuazione', principalmente rivolte a chi, prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, confidando nella perpetuità dell'azione, avesse indugiato nel promuovere l'azione. Il legislatore reputa iniquo, nei confronti di chi ha precedentemente fatto affidamento sulla tradizionale regola della perpetuità dell'azione, conferire alla legge piena efficacia retroattiva; d'altra parte, neppure vuole concedere che il tempo utile ai fini della proposizione dell'azione cominci il suo decorso dall'entrata in vigore della legge. Si opta, perciò, per una soluzione intermedia. Se al momento dell'entrata in vigore della nuova legge risulta già decorso il trentennio dal momento in cui l'azione cominciò a competere, al soggetto interessato

<sup>238</sup> CTh. 4.22.1. 6.

diamo le notizie essenziali attraverso due costituzioni imperiali, posteriori di qualche anno rispetto all'innovazione costantiniana<sup>219</sup> e, soprattutto, grazie a un papiro egiziano<sup>220</sup>.

In quest'ultimo documento risulta verbalizzato un processo svoltosi nel 339 d.C. in Egitto dinanzi al difensore civico di Arsinoe, tra due sorelle, Eroide e Taesi, rappresentate da Nilo e difese dall'avvocato Teodoro, come parte attrice, e gli eredi di Atisio (difesi dall'avvocato Alessandro), in veste di convenuti. La controversia verteva sulla titolarità di alcune terre e sulla responsabilità per il pagamento delle relative imposte; per questa ragione, anche il fisco entrò in gioco, benché non come parte processuale, ma come sogget-

<sup>219</sup> CTh. 4.11.2, dell'anno 349; C. 7.39.2, dell'anno 365.

<sup>220</sup> Una pubblicazione parziale è in *FIRA*, III, 2a ed., n. 101, 318 ss., l'edizione completa, elaborata tra il 1979 e il 1982, è ora in B. KRAMER, D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, in *ZPE*, XLV, 1982, 229 ss. Alla luce delle nuove acquisizioni, puntualmente illustrate da P. BIANCHI, *Sulla praescriptio*, cit., modifico qui la ricostruzione della vicenda processuale che avevo fornito in mie precedenti ricerche: L.S.M., *Studi sull'abbandono degli immobili. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, 287 ss.; *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, 348 ss., ntt. 224-227, con bibl.

to interessato alla individuazione dei soggetti titolari dell'obbligazione tributaria.

Ecco i fatti. Un tale, probabilmente di nome Atisio, aveva posseduto ininterrottamente alcuni terreni per oltre quarant'anni, pagando regolarmente i relativi tributi. Le due figlie, una volta rimaste orfane, non erano più riuscite a fronteggiare gli oneri tributari e, per sottrarsi ai pagamenti, avevano abbandonato i possessi. In applicazione della disciplina all'epoca vigente in materia di assegnazione forzosa dei terreni abbandonati (*adiectio sterilium*), il *praepositus pagi* aveva quindi attribuito gli appezzamenti in oggetto agli agricoltori del luogo, che avevano dovuto pagare le imposte. Di lì a poco, però, Eroide aveva fatto ritorno a Karanis insieme al marito, Nilo. Aveva quindi richiesto ai contadini – anche per conto della sorella – la rendita delle terre loro dovuta e la restituzione dei beni. Ma i coltivatori del villaggio di Karanis, a quanto sembra di capire, anziché limitarsi a restituire le terre che le sorelle avevano ereditato da loro padre, avevano consegnato ad Eroide e Taesi – secondo la loro versione dei fatti – anche i beni di un certo Atisio (verosimilmente, i contadini avevano restituito alle donne anche le terre e una casa di un Atisio con loro non imparenta-

sa), vengono ridotti da Teodosio II (§ 2) al solo caso del pupillo. Si precisa che la prescrizione comincia a decorrere con il raggiungimento dell'adolescenza, e con il subingresso del curatore al posto del tutore.

Un accenno alle prescrizioni speciali (fondate su termini diversi) e al loro rapporto con la prescrizione generale trentennale si ritrova al § 3 della legge, dove tuttavia manca una elencazione di tali prescrizioni speciali. La successiva *Interpretatio* indica come prescrizioni speciali quelle fondate sul ventennio, o sul quinquennio, o sul termine annuale, mentre da fonti giuridiche del Tardoantico apprendiamo di processi di schiavitù sottoposti al termine di sedici e venti anni<sup>233</sup>, di termini decennali per azioni sulla condizione di curiali<sup>234</sup>, di *querellae* con termine quinquennale<sup>235</sup>, di termini biennali per la rivendica dei terreni abbandonati (*agri deserti*), a far data dal momento dell'occupazione del terzo<sup>236</sup>, infine di termini annuali per particolari controversie fiscali<sup>237</sup> e per l'*interdictum momentariae possessio-*

<sup>233</sup> CTh. 4.8.7, 9.

<sup>234</sup> CTh. 6.35.12; CTh. 8.4.28; CTh. 16.2.19.

<sup>235</sup> CTh. 2.19.5, con *Interpretatio*; CTh. 16.7.3.1.

<sup>236</sup> CTh. 5.11.12 = C. 11.58.9.

<sup>237</sup> CTh. 10.1.1.

Quanto alla decorrenza del termine trentennale, al § 1 sono troppo laconicamente enunciate alcune regole di fondamentale importanza. Si precisa che il momento da cui comincia il decorso è quello in cui le azioni *competere iure coeperunt*. Ciò comporta che il termine trentennale sia da intendere come un *tempus continuum ratione initii*, oltre che *ratione cursus* (come espressamente risulta dal § 3: *annis triginta continuis*).

L'effetto interruttivo è prodotto dalla citazione in giudizio della controparte, mentre in precedenza, ai fini della *longi temporis praescriptio*, l'effetto interruttivo veniva ricondotto alla *litis contestatio* (mutamento di regime che si spiega con la perdita di 'centralità' della *litis contestatio*, all'interno del nuovo procedimento unitario delle *cognitiones extra ordinem*). Teodosio II reputa invece insufficienti, per l'interruzione dei termini, gli atti unilaterali compiuti *inconvento adversario*.

Si prescrive nei consueti termini trentennali anche l'azione abbandonata, benché tempestivamente esperita.

I casi di sospensione del decorso dei termini di prescrizione, prima assai numerosi con riguardo alla *longi temporis praescriptio* (condizione di pupillo e di minore, spedizioni militari, prigionia di guerra, assenza *rei publicae cau-*

to, scambiandolo con il padre di Eroide e Taesi).

Le sorelle agirono pertanto in giudizio contro gli eredi di Atisio, per ottenere l'accertamento negativo della proprietà su parte dei beni: Eroide e Taesi non negavano la titolarità delle terre già possedute da loro padre, ma chiedevano che si distinguessero i possessi loro spettanti per diritto successorio (e per i quali avrebbero continuato a pagare i tributi), dai beni in proprietà altrui, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte per questi ultimi. Secondo la tesi delle due sorelle, gli eredi di Atisio erano i titolari dei beni loro erroneamente consegnati dai contadini di Karanis insieme ai possessi paterni, ed agli eredi di Atisio sarebbe dunque spettato farsi carico dei relativi oneri tributari.

Nel corso del processo, dai convenuti (i contadini di Karanis) era stata invocata contro la parte attrice la *longissimi temporis praescriptio*; dai verbali risulta che l'avvocato Alessandro aveva addotto ben due volte la legge costantiniana a sostegno della sua arringa, dando addirittura lettura del testo normativo: la legge istitutiva della *longissimi temporis praescriptio* stabiliva che nessuno potesse distogliere dal possesso chi aveva posseduto il bene per almeno quarant'anni, a prescindere da ogni indagine

sulla legittimità dell'inizio del lungo possesso, in quanto il possessore quarantennale non poteva essere disturbato pure in assenza di *iustum initium* (mentre per il possesso di dieci o venti anni era richiesto il *iustum titulus*).

La petizione delle due sorelle non venne accolta: il giudice affermò di non poter turbare il vetusto possesso tutelato da una sacra costituzione imperiale, accogliendo la linea difensiva degli eredi di Atisio, i quali avevano invocato la *longissimi temporis praescriptio* al fine di dimostrare la titolarità dei possessi in capo alla parte attrice. La singolarità di questa vicenda giudiziaria è dunque nel fatto che la prescrizione quarantennale non venne invocata dalla parte attrice per rivendicare la legittimità dei propri possessi, ma al contrario dalla parte convenuta, che preferiva attribuire alla controparte la titolarità dei possessi, onde evitare gli oneri tributari ad essa connessi. E grazie all'abile strategia dell'avvocato dei convenuti, il *defensor civitatis* non accolse la tesi della parte attrice, indirettamente affermando la responsabilità delle due sorelle per il pagamento dei tributi.

Si può notare la prima comparsa, in tale contesto, dell'effetto acquisitivo della prescrizione, almeno con riguardo alla proprietà fondiaria: come si è appena rilevato, la *prae-*

alle petizioni di eredità (indicate come *actiones ad universitatem*) e a tutte le azioni personali.

La scelta del termine trentennale si spiega con il fatto che, all'epoca, ai fini della *longi temporis praescriptio* (figura assunta a 'modello' della prescrizione teodosiana), si osservavano non più i termini di dieci o venti anni, ma di trent'anni. Non mancano altri elementi di affinità con la *longi temporis praescriptio*, in particolare nell'ambito delle eccezioni alla regola che rende prescrivibili tutte le azioni. Così, come la *longi temporis praescriptio* originariamente contemplava, accanto alla rivendica, anche l'*actio Serviana* esercitata nei confronti del terzo possessore (non invece contro il debitore, perché in tale caso l'azione era perpetua), alla nuova prescrizione trentennale risulta assoggettata l'*actio hypothecaria* (costituente l'evoluzione dell'*actio Serviana*), purché esperita nei confronti del terzo possessore (resta perpetua se promossa contro il debitore). Si segnala, quale altra eccezione al principio della generale prescrizione trentennale delle azioni, la perpetuità dell'azione di regolamentazione di confini (*actio finium regundorum*); mentre dal silenzio del legislatore si ricava la conclusione che con il nuovo regime perdono la loro tradizionale perpetuità l'*actio communi dividundo* e l'*actio familiae erciscundae*.

siana è perciò necessario fare riferimento alla *lex* in CTh. 4.14.1 e alla relativa *Interpretatio*<sup>230</sup>.

Autore della disposizione, emanata in Costantinopoli, fu dunque Teodosio II, imperatore d'Oriente. In Occidente, la disposizione divenne operante con due Novelle di Valentiniano III, rispettivamente del 449<sup>231</sup> e del 452<sup>232</sup>, quest'ultima corredata di una *Interpretatio* particolarmente circostanziata.

Veniamo ora alle disposizioni contenute nel provvedimento di Teodosio II.

Si sancisce l'estensione della prescrizione trentennale, sorta nell'ambito delle azioni di rivendica (qui denominate *actiones in re specialis*),

<sup>230</sup> CTh.4.14.1, dell'anno 421: *Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario ei similiter ut aliis annorum triginta continuis extinguantur, quae perpetuo videbantur, non illae, quae antiquitus fixis temporibus limitantur. Interpretatio: Haec lex, licet in reliquis rebus fuerit abrogata, propter hoc tamen ut poneretur oportuit, quia de tricennio loquitur, quod pupillid, quamdiu sub tutoribus agunt, non debeat imputari, sed ubi ad eos annos pervenerint, quibus curatores habere possint, id est vir ad quintum decimum et puella ad tertium decimum annum, ex eo in causis eorum tricennalis actio, quemadmodum omnibus, subputetur: sicut et novella Valentiniani testatur rell.*

<sup>231</sup> Nov. Valent. 27.

<sup>232</sup> Nov. Valent. 35.

*scriptio longissimi temporis*, nel processo del 339, non era stata invocata in guisa di rimedio processuale volto a difendere la posizione possessoria attaccata dalla parte attrice, che avesse perduto l'azione per il decorso del tempo, ma, al contrario, risulta addotta al fine di dimostrare l'incontestabilità del 'diritto' sulle terre acquisito dalla controparte (Eroide e Taesi, le quali avevano invece interesse a negarlo). L'avvocato dei convenuti aveva invocato la *praescriptio longissimi temporis* per dimostrare il consolidamento della situazione possessoria della parte attrice in giudizio. Così, una volta provato – dalla parte convenuta – il decorso del quarantennio, Eroide e Taesi non poterono sottrarsi agli oneri tributari, perché considerate, loro malgrado, 'titolari' di un possesso inattaccabile sugli immobili in questione<sup>221</sup>.

<sup>221</sup>Essenziale, al riguardo, la lettura della parte del verbale (riprodotto nel citato papiro di Arsinoe) contenente la citazione, da parte di Alessandro, della norma imperiale introduttiva della *longissimi temporis praescriptio* (II, linee 1 ss.): *Alexander dixit: «... peto ut mihi permittatur sacram et venerabilem legem dominorum nostrorum aeternorum Augustorum recitare, quae iubet, si quadraginta annorum spatium praeterierit aliquo res possidente, nulli omnino licere res invadere vel longinquam possessionem inquietare»*. Come si può notare, il decorso del quarantennio non produceva, in capo al possessore, l'acquisto di un vero e proprio 'diritto di proprietà', bensì la titolarità di una

Tale applicazione dell'istituto si pone in netto contrasto con quanto chiaramente risulta da CTh. 4.11.2 e da C. 7.39.2: secondo le disposizioni imperiali originarie, la *longissimi temporis praescriptio*, non diversamente dalla *longi temporis praescriptio*, doveva operare processualmente come *exceptio*, dunque in favore della parte convenuta che intendesse difendere la propria vetusta situazione possessoria da un attacco altrui. Se ne ricava che il carattere acquisitivo attribuito nel 339 alla *longissimi temporis praescriptio* aveva portato sul piano del diritto sostanziale (in via del tutto eccezionale, per tutelare gli interessi del fisco, o secondo una prassi diffusa?) una figura giuridica sorta, invece, con i caratteri del rimedio processuale. Questa concezione della *longissimi temporis praescriptio*, quale modo di consolidamento di situazioni possessorie, anziché come strumento di difesa contro l'altrui rivendica, si attuò probabilmente per una inconsapevole confusione tra le due categorie, da parte delle cancellerie e dei pratici. D'altronde, come lucidamente ha osservato Levy, i giuristi dell'epoca non ebbero né la volontà, né la capacità di cogliere le differenze sussistenti «between defensive and

---

situazione possessoria processualmente inattaccabile: approfondimenti in L.S.M. *La tutela del possesso*, cit., 348 ss.

424: *De actionibus certo tempore finiendis*<sup>228</sup>. Va però rilevato come l'espressione adoperata dai compilatori del Codice Teodosiano si presti piuttosto ad una interpretazione ben più articolata e specifica (sul piano della sua portata pratica), dal momento che l'intento di porre un termine al diritto di promuovere l'azione processuale può rispondere almeno a tre esigenze, per le quali abbiamo già riscontrato, nelle pagine precedenti, una notevole sensibilità da parte delle cancellerie imperiali. La prescrizione dell'azione processuale favorisce infatti: a) la definizione dei rapporti proprietari, se applicata all'ambito dell'appartenenza dei beni; b) la tutela dei debitori, rispetto alle pretese di creditori rimasti a lungo inerti, se rapportata alla materia delle obbligazioni; c) una migliore e più spedita amministrazione della giustizia, se riferita all'esigenza di produrre uno snellimento complessivo del contenzioso.

Un'altra versione della stessa legge di Teodosio ci è conservata nel Codice giustiniano<sup>229</sup>, sotto la rubrica *De praescriptione XXX vel XL annorum*, ma il testo originario risulta in più punti modificato da parte dei compilatori bizantini. Per ricostruire la disciplina teodo-

---

<sup>228</sup> CTh. 4.14.1.

<sup>229</sup> C. 7.39.3.

Per il legislatore, l'istituto di riferimento fu allora costituito dall'ormai pressoché desueta *longi temporis praescriptio*, mentre nessun richiamo, né esplicito, né implicito, risulta operato alle precedenti prescrizioni, proprie della procedura formulare. Un dato di fatto, questo, del tutto comprensibile, considerato che erano all'epoca del tutto superati anche le categorie e i principi legati alle vecchie procedure, tra cui la distinzione tra le azioni civili e le azioni pretorie.

Quale *ratio legis*, constateremo che l'esame dei contenuti consente di indicare esigenze di natura eminentemente pratica: prevale sulla ricerca della *veritas* (che era stato invece il vero valore ispiratore e 'Leit-motiv' della legislazione processuale di età costantiniana) l'opportunità che le liti non vengano sollevate in eterno e che i rapporti giuridici risultino 'certi', stabilizzandosi in tempi (relativamente) brevi.

Secondo l'interpretazione tradizionale, alla base della prescrizione teodosiana si ritrova dunque «la ricerca della certezza dei diritti»<sup>227</sup>, come si può desumere dall'intitolazione della rubrica in cui, da sola, è stata riprodotta nel Codice Teodosiano la *lex* del 14 novembre

<sup>227</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 212.

aggressive legal protection, or between protected possession and ownership»<sup>222</sup>. La vicenda costituisce soprattutto, dal nostro punto di vista, una ulteriore conferma della erroneità di ogni tentativo, nello studio della prescrizione delle azioni in diritto romano, di rintracciare confini netti tra i profili del diritto sostanziale e i rimedi del diritto processuale, e quindi tra prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva.

Quanto all'ambito di applicazione della *longissimi temporis praescriptio*, tale figura era stata originariamente introdotta – si è segnalato – per rendere processualmente inattaccabili i possessi fondiari protrattisi pacificamente per almeno quarant'anni, mediante l'attribuzione di una eccezione al possessore di lungo termine, convenuto in giudizio. Neppure con il passare degli anni, l'eccezione di esercizio quarantennale del 'diritto' fu accordata al convenuto per contrastare azioni personali. Ciononostante, l'atteggiamento delle cancellerie imperiali divenne progressivamente meno rigido, giungendo fino al punto di suggerire al giudice di tenere conto della lunga inerzia del creditore, alla stregua di indizio favorevole al

<sup>222</sup> E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia, 1951, 190.

debitore. Tanto risulta da un interessante testo del 349 d.C., dove, pur ribadendosi l'inaammissibilità della prescrizione quarantennale per l'azione personale, si finiva sostanzialmente per invitare il giudice a giungere allo stesso risultato<sup>223</sup>. Ancora una volta rileviamo come nel IV sec. d.C. le cancellerie avvertivano l'urgenza di approntare, in qualche modo, strumenti giuridici o canoni ermeneutici idonei a realizzare una efficace tutela del debitore.

Più o meno negli stessi anni, la prassi e una serie di disposizioni di carattere particolare andavano obliterando tanto l'antica *usucapio* romana, quanto la più recente *longi temporis praescriptio* fondata sul decorso di dieci o venti anni: al loro posto, si andava diffondendo – ma con alcune oscillazioni<sup>224</sup> – l'applicazione di una prescrizione trentennale, non più fondata su titolo e buona fede, e caratterizzata da un prevalente carattere acquisitivo. Tanto si deduce da una serie di attestazioni relative ai primi anni del V sec. d.C.<sup>225</sup>, nonché dalle pa-

<sup>223</sup> CTh. 4.11.2.

<sup>224</sup> Si confrontino i termini ventennali previsti da CTh. 5.18.1, con i termini quarantennali in CTh. 12.19. 1-2.

<sup>225</sup> Il trentennio è indicato come il tempo necessario al possessore per acquistare un colono, e, per converso,

role iniziali della celebre costituzione emanata nel 424 d.C. da Teodosio II e conservata in CTh. 4.14.1 (= C. 7.39.3)<sup>226</sup>, che trasformò la prassi della prescrizione trentennale in una disposizione di carattere generale.

## 5. La riforma di Teodosio II

Una disciplina di carattere generale sulla prescrizione delle azioni, reali e personali, fu elaborata per la prima volta nel 424 d.C., dalla cancelleria di Teodosio II (dunque, nella parte orientale dell'Impero), forse nell'ambito di un più vasto intervento normativo.

---

al colono per liberarsi dal vincolo (CTh. 12.19.2 = C. 11.66 [65].6; CTh. 12.19.3, entrambe dell'a. 400). Non mancano attestazioni nell'ambito delle fonti letterarie. Simmaco afferma l'inattaccabilità del possesso rimasto incontestato per trent'anni: Symm., *ep.* 5.54, 56 (a. 396-397). Risalirebbe a Onorio, secondo quanto riferisce Procopio, la statuizione che la *praescriptio* trentennale delle terre occupate dai Vandali dovesse sospendersi per tutta la durata dell'occupazione: Procop. *de bello Vandal.* 1.3.3.

<sup>226</sup> *Sicut in re speciali est, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur.* Sul testo si ritornerà più diffusamente *infra*, al § successivo.

esclusa o modificata, nei suoi requisiti o nella sua efficacia.

Il vigente cod. civ. it. sancisce, all'art. 2936, la nullità di ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione; ma, in forza dell'art. 2937, è ammessa la rinuncia alla prescrizione, purché questa sia già compiuta. Sul punto, in Europa si registrano attualmente non poche oscillazioni giurisprudenziali. Secondo una opinione largamente condivisa, in materia di prescrizione l'autonomia privata sarebbe da reputarsi limitata; e, del resto, alcuni codici in vigore, oltre a quello italiano, dispongono che il decorso delle prescrizioni legislativamente fissato non può essere oggetto di modifiche convenzionali. Per esempio, al fine di tutelare il debitore, stabilizzando i rapporti obbligatori, l'art. 129 CO (Codice svizzero delle obbligazioni) dispone che le prescrizioni fissate nel III Titolo, agli artt. 127, 128 e 137, comma 2, CO, non sono passibili di modifiche convenzionali, e l'art. 141, comma 1, CO dispone la nullità di tutte le rinunzie alla prescrizione anticipate.

Questa impostazione affonda le sue radici nel diritto romano: infatti l'intera materia inglobante il regolamento della usucapione e della prescrizione costituiva all'epoca (insieme ad altre norme, come quelle, per esempio, che

dall'Imperatore causa di infinite controversie – e confermò il vigore delle altre prescrizioni temporali<sup>256</sup>. Nelle stesse disposizioni, accennò al termine trentennale come ordinario e sancì, tra l'altro, per le azioni spettanti alle chiese, alle città e alle opere pie il beneficio del prolungamento della prescrizione a cento anni.

Nel 531 l'Imperatore emanò due costituzioni<sup>257</sup> incentrate sull'interruzione della prescrizione. Si occupò poi della sospensione in favore dei minori<sup>258</sup> e della prescrizione delle obbligazioni solidali<sup>259</sup>. Infine, alcune Novelle (la 9 del 535, la 111 del 541, la 131.6 del 545) tornarono sulla disciplina della prescrizione nei riguardi delle chiese e delle opere pie: la prima confermò il termine di cento anni, la seconda e la terza lo ridussero a quarant'anni. Ma sulla sequenza cronologica dei vari provvedimenti gravano non pochi dubbi, non potendosi escludere la possibilità di autointerpolazioni giustinianee.

Le 'norme transitorie' e le 'disposizioni di attuazione' previste da Teodosio non rivestivano ovviamente più alcun rilievo in età giu-

---

<sup>256</sup> C. 7.40.1; C. 1.2.23.

<sup>257</sup> C. 7.40.2 = C. 1.4.31; C. 7.40.3.

<sup>258</sup> C. 2.40 (41).5.

<sup>259</sup> C. 8.39 (40).4 (5).

stiniana e vennero, perciò, tutte soppresse, ad eccezione della frase finale, relativa alla inescusabilità dell'ignoranza della legge, che, opportunamente ritoccata, assurse con Giustiniano a principio generale di fondamentale importanza.

Complessivamente, fino alle fondamentali ricerche svolte da Mario Amelotti, la prescrizione giustiniana è stata poco studiata sul piano strettamente storico, specie nella sua evoluzione cronologica. D'altra parte, come si è accennato, gli stessi giustiniani mostrarono, per la materia della prescrizione, un interesse piuttosto contenuto (almeno rispetto a quello palesato dalle cancellerie nel periodo precedente), e nei secoli successivi l'indifferenza per questa tematica si accentuò, come dimostra l'assenza, nei Basilici, di scoli ai testi normativi qui all'esame. Solo molti secoli dopo, si è profilato un rinnovato interesse per la materia. Specialmente nelle opere della Pandettistica tedesca, l'esposizione circostanziata della prescrizione giustiniana, benché ricomposta in forma troppo marcatamente dogmatica (dunque, con poche indicazioni sulla evoluzione cronologica della disciplina e sui suoi precedenti) si pone al centro di un ventaglio di dotti dibattiti sui profili teorici e sulle regole operative dell'istituto.

## 8. La rinunzia alla prescrizione

Se, a fronte dell'inadempimento del debitore, il creditore restava inerte e lasciava che l'azione si prescrivesse, ma poi conveniva in giudizio tardivamente il debitore, quest'ultimo poteva efficacemente difendersi, formulando l'eccezione di prescrizione.

Attualmente si ritiene che la mancata formulazione, da parte del convenuto in giudizio, della eccezione di perdita dell'azione per decorso del tempo, equivalga a una rinunzia (tacita) alla prescrizione (il cod. civ. it. in vigore, all'art. 2937, comma 3, sancisce che «la rinunzia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione»). Questa tematica è stata lungamente discussa in chiave storica. Si è rilevato che già in diritto romano, nel corso del giudizio, il convenuto poteva rinunciare a giovare della prescrizione, non sollevando la relativa eccezione; mentre è stata soltanto ipotizzata (in assenza di fonti esplicite sul punto), nell'ambito della Scuola storica e dell'indirizzo pandettistico, l'illegittimità di una eventuale dichiarazione preventiva di rinunzia alla prescrizione, così come di un contratto mediante il quale la prescrizione, prima del suo compimento, venisse

dei diritti reali, la prescrizione (trentennale) dell'azione soccorresse utilmente il possessore soprattutto quando questo non aveva avuto, nel frattempo, la possibilità di usucapire; benché si debba considerare che in ogni caso era più semplice per il convenuto difendersi attraverso l'eccezione di prescrizione dell'azione, che non attraverso l'eccezione di compiuta usucapione, in quanto la prova dell'usucapione risultava senz'altro più complessa e impegnativa, rispetto alla prova dell'inerzia trentennale dell'avversario. D'altra parte, l'evoluzione subita dalla *longi temporis praescriptio*, da prescrizione estintiva a prescrizione acquisitiva, sortì appunto l'effetto di trasferire «sul piano del diritto l'effetto esercitato dal tempo sull'azione»<sup>294</sup>.

In materia di obbligazioni, le conseguenze si presentano più articolate e coinvolgono la complessa discussione sulla possibile sussistenza di una obbligazione naturale a carico del debitore, dopo la prescrizione dell'azione spettante al creditore. Sul punto, torneremo diffusamente più avanti<sup>295</sup>.

<sup>294</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 261 nt. 130.

<sup>295</sup> §§ 9 s. di questo cap.

Il ricorso, da parte dei Pandettisti, ad un inquadramento dogmatico parzialmente anti-storico – nella misura in cui sacrificava la prospettiva diacronica – si rivelava peraltro necessario, dal momento che la finalità dello studio pandettistico era quella di approdare ad una applicazione pratica dei principi tradizionali. Ancora oggi, del resto, una riflessione globale e organica sull'assetto giustiniano della prescrizione dell'azione civile risulta imprescindibile per la comprensione dell'evoluzione moderna e contemporanea della perdita dell'azione per decorso del tempo, specie in considerazione dell'evidentissima ricaduta che il regime giustiniano della prescrizione dell'azione ha avuto, attraverso il prezioso filtro della Pandettistica, sulle codificazioni moderne.

Per queste ragioni, dopo avere offerto, nelle pagine precedenti, un prospetto delle modifiche introdotte da Giustiniano alla normativa preesistente, sembra ora opportuno tracciare un profilo più organico della disciplina della prescrizione, nell'assetto definitivo impresso da Giustiniano.

2. I termini di prescrizione in vigore al tempo di Giustiniano

Il termine ordinario accolto da Giustiniano fu quello trentennale. Tale termine risultò applicato a tutte le azioni reali e personali (tra cui la rivendica e la petizione di eredità), non soggette a termini speciali, o eccezionalmente riconosciute imprescrittibili.

Per tutte le azioni, il decorso della prescrizione era implicato solo dalla continuata inerzia dell'attore, senza che fosse richiesto alcunché al convenuto. Ci risultano però due eccezioni a questa regola.

La prima era costituita dalla perdita della *rei vindicatio* per decorso del tempo. In questo caso, la prescrizione era sottoposta alla condizione che alla trentennale inerzia dell'attore facesse riscontro l'esercizio del possesso (di mala fede) di uguale durata da parte del convenuto; il quale, nel computo, poteva aggiungere al possesso proprio il possesso altrui, mediante *successio* o *accessio temporis*. La rivendica, in sostanza, restava imprescrittibile per il convenuto fino al compimento del trentennio di possesso ininterrotto (momento fino al quale la prescrizione non era ovviamente opponibile alla rivendica). La condizione della prescrizione era dunque l'esercizio di un pos-

negligenza altrui. Di qui il brocardo medioevale: *quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, con cui si è enunciato il principio generale della imprescrittibilità delle eccezioni di prescrizione (nel senso che esse durano quanto durano le azioni che con esse si tende a respingere), poi accolto dalla scienza giuridica moderna.

Il ricorso alla eccezione di prescrizione generava effetti diversi a seconda che essa avesse riguardo a una azione reale o a una azione personale.

Per quanto concerne i diritti reali, l'opposizione della prescrizione senza dubbio valeva solo a bloccare l'azione dell'attore, ma non a provocare l'estinzione del diritto. Non si può negare, tuttavia, quanto emerge copiosamente e in modo inequivocabile dalle fonti giuridiche tarde: sul piano pratico, la possibilità di bloccare l'azione promossa dall'attore per ottenere il riconoscimento del suo diritto reale rafforzava a tal punto la posizione del possessore da porlo in una condizione sostanzialmente più forte e prevalente, rispetto al vero titolare del diritto. E ciò anche se il possesso del convenuto fosse manchevole di alcuni dei requisiti richiesti ai fini del compimento dell'usucapione mediante decorso del tempo. Anzi, si è già considerato come, nella lesione

avesse più (o non avesse mai avuto) il diritto di promuovere l'azione.

Non è agevole individuare le tappe del percorso storico che, verosimilmente, segnò l'evoluzione della *praescriptio* in *exceptio*, né determinare con precisione la differenza tra i due rimedi; certo è solo che nel Tardoantico, e specie in età giustiniana, l'eccezione (nozione in cui confluirono, fondendosi, *praescriptio* ed *exceptio*) stava ad indicare le circostanze idonee a privare di efficacia l'azione, solo se fatte valere tempestivamente dal convenuto. Tale nozione di eccezione implicava che la prescrizione dell'azione promossa dall'attore dovesse necessariamente essere fatta valere dal convenuto (sotto forma di *praescriptio* o di *exceptio*).

L'*exceptio* di prescrizione conservò il suo carattere perpetuo per tutto l'arco dell'esperienza giuridica romana, inclusa l'età giustiniana (D. 44.4.5.6: ...*exceptio perpetuo competit*...). Tale perpetuità rispondeva ad una esigenza di logica giuridica: dal momento che il soggetto in cui favore si era compiuta la prescrizione per opporre l'eccezione doveva attendere necessariamente l'esercizio dell'azione da parte dell'avversario, non sarebbe stato giusto fare pagare al convenuto lo scotto dell'inerzia dell'interessato, imputandogli una

nesso trentennale di mala fede, perché qualora il possesso trentennale del convenuto fosse stato invece di buona fede, questo avrebbe permesso, a seconda dei requisiti che eventualmente lo accompagnavano, di produrre ben prima dei trent'anni l'acquisto della proprietà in capo al possessore, per *usucapio* o per *longi temporis praescriptio*, o dopo il decorso dei trent'anni per *longissimi temporis praescriptio*: in questi casi, l'inerzia del titolare del diritto di azione, congiunta con l'esercizio del possesso da parte del terzo, avrebbe provocato a danno dell'attore la perdita non solo dell'azione, ma addirittura del diritto sottostante.

Quest'ultima riflessione ci induce a fare il punto su di una questione lungamente dibattuta dai Pandettisti: considerato che la buona fede era necessaria al possessore per usucapire, ma non certo per opporre la prescrizione alla rivendica, e considerato anche che per tutte le altre azioni processuali la posizione del convenuto non assumeva rilievo, richiedendosi solo la prolungata inerzia dell'attore, occorre concludere che in nessun caso la buona fede del convenuto fu un requisito richiesto ai fini della prescrizione estintiva. La prima eccezione si rivela, dunque, solo apparente.

La seconda eccezione posta dai bizantini alla regola della indifferenza verso il contegno

del convenuto ai fini della prescrizione trentennale dell'azione risiedeva nella disciplina dell'azione ipotecaria, per la cui perdita si richiese, oltre alla negligenza dell'attore, il possesso da parte del convenuto per tutta la durata del termine previsto. Termine sul quale, peraltro, sussiste qualche incertezza: perché mentre per l'*actio hypothecaria* esercitata contro il debitore il termine risulta prorogato a quarant'anni, per l'azione promossa contro il terzo possessore le fonti si contraddicono, indicando ora il termine trentennale, ora il termine quarantennale.

In alcuni casi (quando si trattava di favorire strutture pubbliche o enti religiosi, assistenziali, etc.), Giustiniano sancì una prescrizione più lunga di quella ordinaria. Così, l'azione intentata dagli organi pubblici nei confronti degli occupanti di terreni demaniali, sulla scia di quanto già disposto da Anastasio, fu assoggettata da Giustiniano al termine di prescrizione quarantennale. Attraverso questo meccanismo, la permanenza per quarant'anni nel possesso 'indisturbato' (occorreva, cioè, che non vi fosse stata alcuna contestazione da parte degli uffici della pubblica amministrazione) dei fondi demaniali, previo pagamento del canone, o esenzione dallo stesso, pur non producendo l'acquisto del diritto di proprietà,

zione dell'azione, denegando l'azione all'attore (cioè, mediante la *denegatio actionis*). Ma vi è un dato di fatto incontrovertibile: nessuna fonte, per quanto ci risulta, attesta che la perdita dell'azione per decorso del tempo acquistasse rilevanza attraverso la *denegatio actionis* da parte del magistrato. Da escludere con fondamento ben più solido è invece la possibilità che nelle cognizioni ufficiali il giudice potesse dichiarare la prescrizione senza che l'interessato avesse formulato la relativa eccezione.

Tutte le fonti a noi giunte in materia di perdita dell'azione per decorso del tempo attestano inequivocabilmente che nel Tardoantico la prescrizione delle azioni operava in forma di *praescriptio* o di *exceptio*, proposta da chi fosse convenuto in giudizio da un avversario inerte per così lungo tempo, da avere perso il suo diritto all'esercizio del rimedio processuale<sup>292</sup>. Nella compilazione giustiniana i due termini, *praescriptio* ed *exceptio*, vengono accostati<sup>293</sup>; questa sovrapposizione nasce dal fatto che, all'epoca, la prescrizione era considerata come un rimedio riconosciuto dall'ordinamento per respingere, in sede processuale, le pretese vantate dal soggetto che non

<sup>292</sup> Si leggano tutte le norme in C. 7.39-40.

<sup>293</sup> D. 44.1; C. 8.35.

2223 del Codice Napoleone (nel quale la prescrizione è contemplata a un tempo quale modo di estinzione e di acquisto dei diritti, sulla base della tradizione romana) vieta infatti al giudice di rilevare d'ufficio la perdita dell'azione per decorso del tempo; analogamente, l'abr. cod. civ. it. all'art. 2109 sanciva che «il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta», e del pari il cod. civ. it. del 1942, all'art. 2938, stabilisce che «il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta». Si discute, tuttavia, con riferimento al diritto italiano vigente, se la prescrizione operi *ipso iure*, allo scadere dei termini, o se in quel momento si verifichi la mera 'prescrittibilità', intesa come idoneità del rapporto a subire l'estinzione per prescrizione, a seguito della proposizione dell'eccezione da parte del debitore; secondo tale seconda costruzione, pertanto, l'effetto estintivo discenderebbe solo dalla proposizione dell'eccezione, vero e proprio elemento costitutivo del procedimento, e non mero requisito di efficacia.

Quanto alla nostra tradizione storica sul punto, va osservato che è forse eccessivo escludere radicalmente l'ipotesi che, almeno nell'ambito del processo formulare, il pretore romano potesse rendere efficace la prescri-

rendeva stabile e imperturbabile la posizione dell'occupante, anche quando costui si fosse immesso nel possesso del bene abusivamente, o addirittura illecitamente<sup>260</sup>. Questa fattispecie si prospetta dunque come doppiamente eccezionale, sia quanto al termine più lungo rispetto a quello ordinario, sia perché all'inerzia del titolare del diritto di azione (lo Stato) doveva accompagnarsi il possesso continuato dei fondi demaniali da parte dell'occupante.

Il termine di prescrizione quarantennale, a partire dal 541 d.C., come si è già segnalato, venne applicato anche alle azioni spettanti alle chiese e alle opere pie. Ma questo fu solo il punto di arrivo di una legislazione copiosa e apparentemente confusa, sviluppatasi nell'arco di oltre un decennio. Il punto di partenza fu perciò ben diverso rispetto all'esito finale.

Al fine di favorire le comunità cittadine, i monasteri, le chiese e le loro opere benefiche, tra il 530 e il 535 d.C. Giustiniano, per tali enti, portò a cento anni il termine di prescrizione delle azioni<sup>261</sup> (addirittura affermando, con la disposizione in C. 1.2.23, che avrebbe preferito l'imprescrittibilità di tali azioni e che solo l'opportunità di non renderle formalmente

<sup>260</sup> C. 7.39.7.7; C. 11.62.14.

<sup>261</sup> C. 1.2.23, dell'anno 530; Nov. Iust. 9, dell'anno 535.

perpetue lo aveva indotto a scegliere il termine di cento anni, equivalente alla durata massima della vita umana); ma già nel 541 il privilegio fu parzialmente ritirato, con la previsione di una prescrizione quarantennale<sup>262</sup>. La fitta serie di provvedimenti legislativi sulla materia, susseguitisi nell'arco di undici anni, come si è accennato, potrebbe denotare una certa incoerenza e scarsa chiarezza di intenti, ma, complessivamente, il mutamento di disciplina trova una spiegazione razionale: l'emanazione dei primi privilegi si colloca in un periodo in cui la disciplina della perdita dell'azione non era ancora organicamente configurata, e si giustifica prima con un atteggiamento di benevolenza nei confronti di comunità benefiche (oppure, come diversamente ebbe a sostenere il malevolo Procopio<sup>263</sup>, con un volgare episodio di corruzione della corte bizantina), poi con ragioni di ossequio alla sede apostolica, mentre l'esigenza di rendere il più possibile uniforme il regime della prescrizione delle azioni, profilatosi negli anni successivi, indusse l'Imperatore a ridurre – sebbene con modalità non del tutto chiare – il privilegio al termine quarantennale, che già sotto Teodosio

<sup>262</sup> Nov. Iust. 111, dell'anno 541.

<sup>263</sup> *Anecdota* 28.

*nis* rilevarono, nella prescrizione delle azioni, anche per le azioni personali: infatti, la prescrizione continuava il suo decorso in caso di subingresso dell'erede o dell'acquirente a titolo particolare a chiunque se ne avvantaggiasse, o a chiunque ne subisse il danno.

Alla base di questo principio, ritroviamo anche una precisa ragione di ordine processuale: la prescrizione si rendeva processualmente operativa mediante *exceptio*, e l'eccezione, di regola, a meno che non si fondasse su rapporti strettamente personali (e la prescrizione non era tale), si trasmetteva, dal lato attivo e passivo, sia agli eredi, sia agli acquirenti a titolo particolare.

#### 7. L'operatività processuale della prescrizione estintiva: l'*exceptio*

Si tende a escludere, con riferimento all'intero corso dell'esperienza giuridica romana, che la prescrizione dell'azione potesse essere rilevata d'ufficio. Nessuna fonte, però, lo attesta irrefutabilmente; l'opinione che esclude la rilevabilità *ex officio iudicis* della prescrizione con riguardo al diritto romano potrebbe perciò risentire della suggestione esercitata al riguardo dai codici moderni. L'art.

cie sul punto se la prescrizione dovesse reputarsi sospesa finché l'azione fosse paralizzata da una eccezione.

### 6. *Successio e accessio temporis*

Il cambiamento di persona non dava luogo a interruzione. Così, il possessore poteva unire al suo possesso quello esercitato dal *de cuius* (*successio possessionis*) a seguito di successione *mortis causa*, e l'acquirente a titolo particolare poteva unire il suo possesso a quello del dante causa (*accessio possessionis*). I due principi avevano fondamento e origini diverse, ma entrambi operarono nell'ambito della *longi temporis praescriptio* (figura all'interno della quale assunsero connotazioni parzialmente diverse, rispetto a quelle originarie) e si ritrovarono poi operativi nell'usucapione giustiniana.

Ai fini della prescrizione delle azioni, entrambi gli istituti erano favorevoli soprattutto al convenuto in rivendica o con l'*actio hypothecaria*, dal momento che per la perdita dell'azione dovevano concorrere la prolungata inerzia del titolare del potere di azione e il prolungato possesso dell'avversario (purché di malafede, o comunque non idoneo al compimento dell'usucapione). Ma *accessio* e *successio possessionis*

e Anastasio aveva trovato pressoché frequente applicazione.

In altri casi, la previsione di un termine più lungo dell'ordinario non rispose alla *ratio* del favore nei confronti di particolari enti o comunità. Come si è già segnalato, al termine quarantennale (e non più trentennale, come previsto da Teodosio) fu sottoposta infatti anche la prescrizione dell'azione giacente, cioè promossa tempestivamente, ma poi abbandonata<sup>264</sup>, ai cui fini il tempo cominciava a decorrere dall'ultimo atto giudiziale (che poteva anche essere la citazione). Si volle con ciò, verosimilmente, riconoscere un lasso maggiore di tempo a chi aveva mostrato un'apprezzabile diligenza nel proporre tempestivamente l'azione, anche se poi l'aveva abbandonata<sup>265</sup>.

Infine, il termine quarantennale venne previsto per i processi di schiavitù, ai quali non fosse applicabile la prescrizione di venti anni (qui la *ratio* fu costituita dal *favor libertatis*).

<sup>264</sup> C. 7.39.9; C. 7.40.1.1e.

<sup>265</sup> È questa l'interpretazione di Gotofredo (*Codex Theodosianus*, I, cit., 429), già segnalata *supra*, al § 1 di questo cap. Sulle differenze tra la fattispecie di azione giacente sottoposta a prescrizione quarantennale e l'ipotesi di lite abbandonata *post litem contestatam*, per cui Giustiniano fissò un termine triennale, vd. quanto esposto *supra*, cap. I, § 1.

In pochi casi, Giustiniano prevede termini di prescrizione inferiori al trentennio.

La prescrizione fu ventennale per alcuni processi di schiavitù (solo per chi 'possedesse la libertà', *possessio libertatis*, in buona fede e sulla base di un titolo, *bona fides* e *iustum initium*). Le *querellae inofficiosi testamenti, donationis* e *dotis*, nonché le controversie *de statu defunctorum* furono sottoposte, come nel passato, a prescrizione quinquennale. Per le controversie sollevate contro il fisco, Giustiniano sostituì il tradizionale termine quinquennale con il termine di quattro anni in alcune controversie fiscali<sup>266</sup>. Restò fissato in due anni il termine di prescrizione dell'*actio doli* (lo aveva disposto Costantino<sup>267</sup>). Giustiniano estese la prescrizione biennale (in precedenza quinquennale) alla *querella* e alla *exceptio non numeratae pecuniae*<sup>268</sup>. Tra questi termini brevi di prescrizione, per certi aspetti (sopra segnalati), si può dire che i giustinianeî abbiano inserito i termini di venti, dieci o tre anni previsti per la nuova usucapione (quale risulta dalla fusione tra l'antica *usucapio* e la *longi temporis praescriptio*): circostanza che vale a dimostrare come all'epoca non si distinguesse ancora chiara-

<sup>266</sup> C. 7.37.3.

<sup>267</sup> CTh. 2.15.1 = C. 2.20 (21).8.

<sup>268</sup> Con C. 4.30.14pr.

trent'anni<sup>288</sup>); 2) i *filiifamilias*, in relazione ai beni loro direttamente pervenuti (in considerazione dell'impossibilità giuridica, per i figli, mentre il padre era in vita, di esperire azioni per tutelare beni propri, si stabilì che la prescrizione iniziasse il suo decorso dal momento in cui risultassero liberi dalla *paterna manus*<sup>289</sup>); 3) le persone che si trovassero nella impossibilità giuridica di agire: per esempio, con riguardo alle azioni spettanti alla donna contro i terzi per i beni dotali – che ricadevano sotto l'usufrutto legale del marito –, si differì l'inizio della prescrizione alla data dello scioglimento del matrimonio<sup>290</sup>, o ancora, circa le azioni dei creditori ereditari, si dispose che queste non si potessero intentare fino al completamento della redazione dell'inventario e del periodo accordato agli eredi per deliberare<sup>291</sup>.

Proprio sulla base di queste particolari fattispecie (e delle numerose altre aggiunte in seguito dal diritto canonico), si giunse poi alla formulazione della *regula iuris* moderna '*contra non valentem agere currit praescriptio*', resa peraltro subito oggetto di acceso dibattito, tra i Pandettisti, sul suo ambito di applicazione, e spe-

<sup>288</sup> C. 2.40 (41).5, dell'anno 531.

<sup>289</sup> C. 7.40.1.2, dell'anno 530.

<sup>290</sup> C. 5.12.30.2, dell'anno 529.

<sup>291</sup> C. 6.30.22.11, dell'anno 531.

applicazione generale neppure nel diritto giustiniano.

La sospensione poteva ritardare l'inizio della prescrizione, o paralizzarne il decorso, ove essa fosse già iniziata. Complessivamente, il diritto romano non si mostrò incline ad un frequente ricorso a questa figura: l'incapacità giuridica del titolare all'esercizio dell'azione non si riconobbe in genere come causa di sospensione della prescrizione, dal momento che all'incapacità delle persone soccorreva in genere l'istituto della rappresentanza. Non è infatti di conio romano il noto brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Così, malgrado nella *longi temporis praescriptio* tale figura ricevesse alquanto larga applicazione, la legislazione imperiale, in prosieguo di tempo, ne delimitò la sfera d'azione. Teodosio II, nella legge istitutiva della prescrizione generale delle azioni, applicò la sospensione nel solo caso del pupillo (sancendo il venir meno del beneficio al raggiungimento dell'adolescenza, quando al tutore subentrasse il curatore).

Giustiniano mantenne ferma la disposizione a favore dei pupilli e, su spunti già offerti dalla legislazione precedente, vi affiancò qualche altra ipotesi, relativa a: 1) i minori (ma solo per le prescrizioni inferiori ai

mente tra prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva (emblematico il contenuto di C. 7.40.2.1, dove si espongono principi comuni a entrambi gli istituti).

L'applicazione del termine annale ad alcune azioni, in diritto giustiniano, è invece controversa. Certamente restò in vigore questo termine, insieme a quelli ancora più brevi di sei mesi e di due mesi, per le azioni redibitoria e di riduzione del prezzo; e ciò sempre al fine di risolvere in tempi brevi le questioni attinenti alle compravendite, in considerazione dell'esigenza di rendere rapidi e sicuri i traffici mercantili. Invece, gli interdetti, precedentemente assoggettati al termine annale, con Giustiniano persero definitivamente la loro originaria natura di rimedi a sé stanti, per essere assimilati alle azioni (quali *actiones utiles ex causa interdicti*), e, in quanto tali, ricaddero, nel diritto giustiniano, generalmente sotto la prescrizione ordinaria trentennale, fatte salve alcune eccezioni: annale fu il nuovo *interdictum de vi* (risultante dalla fusione del tradizionale *interdictum de vi non armata*, anch'esso precedentemente annale, con l'*interdictum de vi armata*, che in precedenza era invece perpetuo), e l'annalità che in diritto classico caratterizzava l'*interdictum fraudatorium* passò con Giustiniano all'*actio Pauliana*.

Assai improbabile è che Giustiniano avesse conservato l'annalità per le azioni pretorie di età classica, dal momento che nel diritto della compilazione la stessa distinzione tra azioni civili e azioni pretorie risulta praticamente scomparsa (gli accenni, rimasti nella compilazione, a tale dicotomia trovavano la loro giustificazione in esigenze didattiche e nello spirito di ossequio per la tradizione storica). Di certo, le azioni rescissorie avevano perso la loro tradizionale annalità, dal momento che il nuovo termine di prescrizione della *in integrum restitutio* era quadriennale.

Qualche elemento di ambiguità tuttavia sussiste, dal momento che, in un passo delle sue Istituzioni (I. 4.12pr.), Giustiniano, nell'assoggettare le azioni anticamente considerate perpetue alla nuova prescrizione ordinaria trentennale, mantenne invece per le azioni pretorie annali il loro tradizionale limite di tempo. Secondo Amelotti<sup>269</sup>, tale soluzione rispondeva a «un intento di mera sistemazione dottrina». Depone in questo senso la considerazione che tale termine era già scomparso nei secoli precedenti (per il Tardoantico non ci risulta neppure un caso di azione pretoria annale). Tuttavia, che l'Imperatore risultasse

<sup>269</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 246 s.

soddisfacimento possano produrre effetto interruttivo, pervenendo poi a una risposta affermativa. Il testo sembra riguardare beni su cui si è costituita garanzia reale, e dei quali il creditore si è impossessato senza esercizio di violenza: la detenzione, dunque, determina interruzione. In ogni caso, è evidente che neppure nel diritto giustiniano la cessazione della violazione fu individuata in modo chiaro e generale come un caso di interruzione.

#### 5. La sospensione: *praescriptio dormit*

Anche con riferimento all'esperienza giuridica romana si tende a distinguere nettamente la sospensione (o 'quiescenza della prescrizione', che si descrive con l'espressione in lingua latina, ma di conio moderno, *praescriptio dormit*) dalla interruzione, benché entrambe le figure traessero origine dallo stesso istituto, la *longi temporis praescriptio*. Tra le due figure non sussiste alcuna distinzione sul piano terminologico, nel diritto romano, ma la differenza è in ciò, che mentre ai fini della sospensione assumevano rilievo anche elementi soggettivi, cioè i motivi (ma solo se scusabili) per cui l'attore non aveva intentato la lite, rispetto all'interruzione questo principio non ricevette

zione, il compimento di un *constitutum debiti*, la costituzione di una garanzia reale o personale. La questione se il diritto giustiniano stabilisse forme tassative di riconoscimento, oppure ammettesse libertà di forme è stata fortemente controversa dai Pandettisti, che non sono giunti sul punto a una posizione univoca.

Savigny<sup>286</sup> indica come terzo caso di interruzione (oltre all'esercizio dell'azione e al riconoscimento del diritto dell'avversario) la cessazione della violazione (astensione dalla violazione di un diritto reale altrui, adempimento dell'obbligazione); ma si può osservare che, a rigore, se da un lato con il soddisfacimento del titolare del diritto perde rilievo la prescrizione dell'azione (e in caso di reiterata lesione comincerà a decorrere *ex novo* la prescrizione), per altro verso il venir meno della lesione, più che come fatto interruttivo della prescrizione, va riguardato come evento idoneo a «distruggere il fondamento stesso dell'esercizio dell'azione»<sup>287</sup>. Comunque, un significativo indizio nel senso indicato da Savigny si potrebbe individuare nel contenuto di C. 7.39.7.5, in cui si affronta la questione se anche forme indirette o solo potenziali di

<sup>286</sup> *Sistema*, V, cit., 358 s.

<sup>287</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 256.

ben consapevole della contraddittorietà della disciplina delle tradizionali azioni pretorie annali, emerge con chiarezza dai contenuti di un interessante provvedimento del 529<sup>270</sup>, con cui si offriva uno scaltro rimedio per eludere la regola classica: qualora il convenuto in giudizio con una azione pretoria annale (solo a queste azioni fa riferimento il rescritto), richiamando l'insegnamento tradizionale, avesse invocato la prescrizione annale, l'attore avrebbe potuto inoltrare una supplica all'Imperatore (nel testo in C. 1.20.2 non risultano precisati i requisiti da soddisfare affinché la supplica venga accolta), cui sarebbe seguito un *rescriptum*. Attraverso questo espediente (che dal tenore del rescritto ci si presenta come una mera formalità), l'azione annale veniva assoggettata alla prescrizione ordinaria.

Il rimedio offerto da Giustiniano era senz'altro circoscritto al problema creato dalle vecchie azioni pretorie annali, che per ossequio alla tradizione l'Imperatore non aveva voluto sopprimere: già da Teodosio II, con la legge istitutiva della prescrizione ordinaria trentennale, era stato escluso che una supplica (*oblatio precum*), poi seguita da rescritto (*rescrip-*

<sup>270</sup> In C. 1.20.2.

tio), potesse produrre l'effetto interruttivo della prescrizione<sup>271</sup>.

Imprescrittibili furono invece, in diritto giustiniano: le azioni volte a ricondurre al loro stato i curiali (così come in precedenza disposto da Teodosio II e da Anastasio) e i coloni (è questa una innovazione giustiniana<sup>272</sup>); le azioni relative ai processi di libertà (secondo quanto già disposto da Costantino<sup>273</sup>); le azioni dirette alla riscossione di tributi e canoni pubblici (come sancito da Anastasio<sup>274</sup>).

Il modello giustiniano è stato, nelle sue linee fondamentali, ricalcato dal Codice Napoleone del 1804 (artt. 2219-2281) e quindi dall'abr. cod. civ. it. del 1865 (artt. 2105-2147), che applicavano il termine ordinario trentennale di prescrizione delle azioni reali e personali (con persistente ininfluenza del difetto di titolo e di buona fede), sancendo il termine decennale ai fini della prescrizione acquisitiva, in presenza di buona fede e titolo (in evidente richiamo all'antica *longi temporis praescriptio*), e una serie di prescrizioni più brevi (cinque anni, tre anni, un anno, sei mesi),

<sup>271</sup> CTh. 4.14.1.1 = C. 7.39.3.1.

<sup>272</sup> C. 11.48 (47).23.

<sup>273</sup> C. 7.22.3.

<sup>274</sup> C. 7.39.6.

sizione di una eccezione, in ordine alla prescrizione dell'azione derivante dal medesimo rapporto giuridico. Per la prima questione, quanti hanno negato l'efficacia interruttiva, si sono richiamati al rescritto diocleziano in C. 7.21.7 (per vero poco pertinente, perché vertere sul tema delle controversie *de statu defunctorum*). Sulla seconda questione nessun testo romano è venuto in soccorso, e i Pandettisti hanno lasciato irrisolta la questione.

Quanto al riconoscimento del diritto da parte dell'avversario, come modo di interruzione della prescrizione, il diritto giustiniano non prevede una elencazione tassativa delle modalità di attuazione di tale riconoscimento. Le fonti, però, ne attestano come valide almeno due forme: la rinnovazione del documento di credito<sup>284</sup>, il pagamento degli interessi<sup>285</sup>. Ma altre ancora ne erano verosimilmente ammesse, purché volute e probanti, secondo quanto autorizza a credere il tenore di C. 8.39(40).4(5), in cui si adopera l'espressione *qualiscumque agnitio*. Si è ipotizzato, perciò, che fossero validi modi di interruzione della prescrizione anche, per esempio, il pagamento parziale a titolo di acconto, la richiesta di dila-

<sup>284</sup> C. 7.39.7.5a.

<sup>285</sup> C. 7.39.8.4; C. 4.21.19.

valore del tutto contingente, a giudicare dal silenzio nel quale le fonti post-giustinianee relegano la materia).

Per l'ipotesi in cui non fosse possibile effettuare la citazione per assenza o incapacità della controparte (si noti qui l'intreccio tra presupposti oggettivi e soggettivi), Giustiniano introdusse<sup>282</sup> uno strumento alternativo, per realizzare l'interruzione: una formale protesta scritta, rivolta al preside della provincia, o, qualora questo non fosse raggiungibile, al vescovo, o al *defensor civitatis*, o, infine, affissa nel luogo dove era domiciliato l'avversario, previa sottoscrizione da parte di un *tabularius* o di tre testimoni. Si attribuì efficacia interruttiva anche al compromesso<sup>283</sup>; e, rispetto al debito principale, all'azione intentata per i soli interessi (il cui spontaneo pagamento, in quanto modo di ricognizione del debito principale, ne interrompeva la prescrizione).

Alla luce di queste disposizioni romane, tra i Pandettisti sono state molto dibattute le questioni se si possa o meno ricondurre l'effetto interruttivo: a) all'azione intentata dinanzi a un giudice incompetente; b) all'oppo-

<sup>282</sup> Con la norma in C. 7.40.2, le cui disposizioni risultano parzialmente riprodotte nella legge gemina C. 1.4.31.

<sup>283</sup> C. 2.55 (56).4.3.

parzialmente derivate dal diritto romano comune. Il vigente cod. civ. it. e recenti riforme intervenute in Germania hanno invece sensibilmente modificato i termini, che del resto hanno sempre costituito l'aspetto più mutevole del nostro istituto.

### 3. L'inizio di decorrenza della prescrizione

Quanto all'inizio della decorrenza della prescrizione, Giustiniano non emanò disposizioni minuziose e complete, limitandosi piuttosto ad accogliere le soluzioni precedenti e ad indicare il momento dal quale l'azione spettava (*ex quo actiones competere iure coeperunt*)<sup>275</sup>.

In effetti, il criterio stabilito fu talmente generico, da risultare impreciso. E infatti, a rigore, non era l'astratta spettanza dell'azione (che si verificava quando veniva ad esistenza un diritto effettivo e perseguibile) a concretare il momento dal quale avevano inizio i termini della prescrizione: tale effetto si produceva solo quando, verificatasi una lesione del diritto, l'inerzia del titolare del diritto di azione manifestasse la sua acquiescenza ad uno stato

<sup>275</sup> C. 7.39.7.1; C. 7.40.1.1.

di fatto che il decorso della prescrizione mirava appunto «a rendere definitivo e giuridicamente protetto»<sup>276</sup>. Sulla base di questo canone, l'inizio della decorrenza della prescrizione andava individuato innanzitutto in due elementi 'obiettivi': la lesione del diritto reale (per le azioni reali) e l'inadempimento dell'obbligazione (per le azioni personali). Così, ad esempio, per la rivendica nel momento in cui taluno cominciasse a possedere il bene senza il consenso dell'avente diritto, per l'*actio hypothecaria* nel momento in cui si verificasse l'insolvenza del debitore (e la cosa si trovasse presso di lui o presso un terzo), per le azioni personali nel momento in cui il credito fosse divenuto esigibile e si realizzasse l'inadempimento da parte dell'obbligato.

Al riguardo, in C. 7.39.7 si precisava che, per l'obbligazione sottoposta a condizione sospensiva o a termine iniziale, i termini di prescrizione cominciavano a decorrere dall'avveramento della condizione o dalla scadenza del termine, se l'obbligazione non veniva adempiuta.

Maggiori problemi nell'interpretazione delle norme sulla decorrenza della prescrizione sorsero invece, anche nella pratica, per le

<sup>276</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 249.

deriva dalle fonti romane tardoantiche, dove risulta originata nell'ambito della *longi temporis praescriptio*, e qualificata con espressioni quali *interruptio temporis*, *interrupta temporum curricula*, *interruptum silentium*; questa figura ricevette però una disciplina completa e applicazione generale solo con la legge di Teodosio II, sulla prescrizione generale delle azioni.

Cominciamo dall'esame dell'interruzione per iniziativa processuale dell'attore.

Teodosio II, con una disposizione conservata in vigore ancora da Giustiniano<sup>281</sup>, sancì che si verificasse l'interruzione della prescrizione già con l'atto di citazione (e non, come in precedenza, con la *litis contestatio*), mentre affermò l'inefficacia, per la produzione dell'effetto interruttivo, dell'intimazione in forma privata, nonché degli atti unilaterali (anche se formali) compiuti *in convento adversario*: tra questi, per Teodosio, la supplica all'Imperatore, pure se seguita da *rescriptio* (Giustiniano invece, come già segnalato, riconobbe alla supplica seguita da *rescriptio* almeno l'effetto di assoggettare alla prescrizione ordinaria trentennale le vecchie azioni pretorie annuali, anche se tale eccezione posta da Giustiniano rivestì

<sup>281</sup> CTh. 4.14.1.1 = C. 7.39.3.1; C. 7.39.7pr.-1; C. 7.40.3.

si sono sviluppate le dispute dei Pandettisti, che hanno dato luogo a soluzioni difformi: tra le ambiguità della disciplina romana, campeggia la mancata individuazione del momento in cui, per talune azioni personali, l'obbligazione si potesse considerare attuale ed esigibile, e, verificatosi l'inadempimento da parte del debitore, si dovessero considerare iniziati i termini di decorrenza della prescrizione. Il caso più controverso è stato rappresentato dai contratti in cui l'obligato fosse tenuto a restituire la cosa a richiesta del creditore (deposito, precario, mutuo), con riguardo ai quali la questione dibattuta dai Pandettisti è se la prescrizione decorresse dalla conclusione del contratto o dalla inosservanza, da parte del debitore, della richiesta di restituzione effettuata dal creditore.

#### 4. L'interruzione

La prescrizione, ove fosse cominciato il suo decorso, non si compiva: a) se l'attore promuoveva l'azione entro i termini stabiliti; b) se l'avversario riconosceva il diritto (sostanziale) di chi avesse la *facultas experiundi*.

La figura dell' 'interruzione', benché dogmaticamente elaborata in età post-romana, ci

azioni relative a obbligazioni con prestazioni periodiche. La materia venne perciò dettagliatamente regolamentata tra Giustino e Giustiniano<sup>277</sup>. Per le prestazioni periodiche accessorie a un debito principale (per es., mutuo feneratizio)<sup>278</sup>, la prescrizione cominciava a decorrere dal mancato pagamento di una rata di interessi, non solo con riferimento alla prestazione periodica accessoria (la rata), ma anche al debito principale, che non cadeva in prescrizione finché venivano pagati gli interessi (il pagamento degli interessi costituiva infatti una ricognizione del debito principale). Il mancato pagamento degli interessi, protratto nel tempo fino a fare prescrivere il debito principale, faceva perdere l'azione anche per gli interessi di recente formazione, in base al principio secondo cui l'obbligazione accessoria seguiva le sorti dell'obbligazione principale. Se si riprendeva il pagamento degli interessi, si interrompeva il decorso della prescrizione. In ordine alle prestazioni periodiche che invece sostanziassero il debito principale (come nel caso della costituzione di rendita mediante legato o stipulazione), Giustino, con

<sup>277</sup> Tanto risulta dalla lettura di C. 7.39.8.4 e di C. 4.32.26pr., dell'anno 528.

<sup>278</sup> Vd. anche quanto già esposto al riguardo *supra*, al § 1 di questo cap.

una disposizione mantenuta in vigore da Giustiniano<sup>279</sup>, stabili che i termini per la prescrizione cominciasse il loro decorso non dalla nascita dell'obbligazione, ma dal momento della scadenza di ciascuna prestazione: così, ogni prestazione si prescriveva autonomamente, senza inficiare il diritto alla rendita.

Entravano però in gioco, accanto agli elementi 'obiettivi' ora considerati (lesione del diritto reale, inadempimento dell'obbligazione), anche fattori 'soggettivi', cioè legati alla possibilità, per la persona dell'attore, di promuovere l'azione. Come si è constatato, il sistema seguito nel diritto romano classico per le azioni pretorie annali era stato quello di conciliare i due ordini di requisiti (oggettivi e soggettivi), facendo decorrere la prescrizione ove sussistessero i presupposti obiettivi, dal momento in cui il titolare del diritto di azione avesse avuto per la prima volta la *facultas experiundi*. Il diritto giustiniano non accolse però questa soluzione e optò per una disciplina più restrittiva: l'elemento soggettivo (cioè l'impossibilità, per la persona dell'attore, di esperire l'azione) venne in considerazione solo ove si configurasse un caso legislativamente previsto di sospensione. Al di fuori di questa ipote-

<sup>279</sup> C. 7.39.7.6.

si (previsione esplicita di sospensione da parte del legislatore) il decorso della prescrizione restò legato esclusivamente alla sussistenza del dato obiettivo: lesione del diritto reale, inadempimento dell'obbligazione. Dunque, mentre il criterio classico era stato quello del *tempus utile ratione initii*, si affermò in età giustiniana il *tempus continuum ratione initii*.

Molti sono i dubbi che l'assetto giustiniano della materia lascia irrisolti e che hanno poi acceso le dispute all'interno della corrente pandettistica.

Soprattutto sul testo giustiniano in C. 7.40.1.1d (... *ex quo* (scil. *actio*) *ab initio competit et semel nata est...*), molti secoli dopo, si è incentrata l'attenzione dei Pandettisti, cui si deve l'elaborazione di una dottrina sull'inizio della prescrizione, poi denominata 'dottrina dell'*actio nata*' (proprio sullo spunto della terminologia ricorrente sia in C. 7.40.1.1.d, sia in altri testi coevi)<sup>280</sup>. La costruzione dei Pandettisti, però, in quanto volta alla soluzione dei problemi pratici del XIX secolo, al di là della terminologia, poco contiene della disciplina romana.

In effetti, i testi romani lasciano aperti non pochi problemi di interpretazione, su cui poi

<sup>280</sup> Ampia esposizione *infra*, A. TRIGGIANO, *Note*, cit.

P. BIANCHI, *Sulla 'praescriptio' costantiniana. P. Col. VII 175 : ricostruzione di una vicenda processuale*, in corso di stampa.

LAURA SOLIDORO MARUOTTI

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Romano presso l'Università degli Studi di Salerno  
E-mail:lsolidoro@unisa.it

regolavano le successioni *mortis causa*, il pegno, il deposito, il precario, la compravendita, la locazione), 'diritto cogente', vale a dire regolamento che, per ragioni di preminente interesse pubblico, non tollerava modifiche da parte della volontà privata (*privatorum pactis mutari non potest*)<sup>296</sup>. La tralaticia inderogabilità di questo settore dello *ius privatum* indusse i giuristi romani a qualificare gli istituti di 'diritto cogente' – tra cui, appunto, usucapione e prescrizione – addirittura come *ius publicum*, in questa particolare accezione di 'diritto inderogabile dalla volontà dei privati', benché, a rigore, si trattasse di figure giuridiche formatesi nell'orbita dello *ius privatum*<sup>297</sup>.

Tuttavia, attualmente si registra, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, una oscillazione tra una interpretazione letterale e una interpretazione restrittiva di questo tradizionale principio della inderogabilità, che in età moderna è stato fissato legislativamente.

Il Tribunale federale svizzero, con una giurisprudenza rimasta costante fino al 2005, ha riconosciuto che è possibile rinunciare a invocare una prescrizione già acquisita, mentre la facoltà di rinunciare a una prescrizione

<sup>296</sup> D. 2.14.38; D. 50.17.45.1.

<sup>297</sup> Gai D. 41.3.1.

non acquisita è limitata dal disposto degli artt. 129 CO e 141, comma 1, CO. Il Tribunale federale, fino al 2005, ha però interpretato restrittivamente la disposizione di cui all'art. 141, comma 1, CO, considerando nulle (art. 20, comma 1, CO) le sole rinunzie alla prescrizione anticipate, che siano riconducibili alle regole fissate nel III Titolo (artt. 127, 128 e 137, comma 2, CO, sulla base di quanto dispone l'art. 129 CO, nel vietare modifiche pattizie al decorso delle prescrizioni fissate nel Titolo III del CO), e ritenendo invece valide le rinunzie a invocare la prescrizione quinquennale dell'art. 371, comma 2, CO o la prescrizione annuale dell'art. 60, comma 1, CO.

Tale orientamento giurisprudenziale non è stato condiviso, in dottrina, dai sostenitori della tesi secondo cui il divieto di rinunzia alla prescrizione anticipata, di cui all'art. 141, comma 1, CO, avrebbe ad oggetto tutti i casi di decorso del tempo, non esclusivamente quelli previsti al Titolo III del CO, mentre al debitore dovrebbe essere consentito rinunziare, totalmente o parzialmente, alla prescrizione già in corso. In considerazione di questi rilievi critici, il Tribunale Federale ha di recente attentamente riesaminato la questione, e più specificamente il dettato dell'art. 141 (che prescrive la nullità di tutte le rinunzie anticipate

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II voll., Torino, 2001-2003.

M. GIORGETTI, *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003.

L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003.

A. PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen, 2006.

P. PICHONNAZ, *De nouveau sur la renonciation à la prescription*, in *Baurecht. Droit de la construction*, III, 2006, 118 ss.

L. VACCA, *Amelotti pandettista e la 'praescriptio'*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, IX.11, 2006, 29 ss.

L. LOSCHIAVO, *Intorno al privilegio della 'praescriptio centum annorum'*, in *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, 533 ss.

F. PERGAMI, *Sulla 'ragionevole durata' del processo nella legislazione tardoimperiale*, in *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli, 2007, 2063 ss.

M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008.

M. AMELOTTI, voce *Prescrizione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 36 ss.

A. CAMPITELLI, voce *Prescrizione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 46 ss.

M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987 1 ss.

A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*<sup>5</sup>, Napoli, 1990.

L. VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 989 ss., ora in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006, 185 ss.

E. CONTE, V. MANNINO, P. M. VECCHI, *Uso, tempo, possesso dei diritti. Una ricerca storica e di diritto positivo*, Torino, 1999.

D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999.

L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998.

L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio' fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1998, 147 ss., ora in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006, 447 ss.

F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo Impero*, Milano, 2000.

alla prescrizione), anche alla luce dei lavori preparatori, modificando quindi la sua giurisprudenza, sulla base della conclusione che il legislatore svizzero ha inteso proibire esclusivamente la rinunzia alla prescrizione effettuata nel preciso momento della conclusione del contratto (e ciò non solo con riguardo alle ipotesi di prescrizione di cui al Titolo III), mentre resta lecita la rinunzia alla prescrizione già acquisita (considerato, del resto, che al giudice svizzero non è consentito rilevare d'ufficio la prescrizione).

Anche con riguardo alla durata della rinunzia, il Tribunale Federale svizzero ha modificato la sua precedente giurisprudenza, che considerava la rinunzia equivalente a una interruzione della prescrizione, a partire dalla dichiarazione del debitore (con la conseguenza che riprendeva il decorso degli stessi termini, anche se la rinunzia indicava un termine inferiore). Il Tribunale si è adeguato sul punto a un orientamento dottrinale, che privilegia l'autonomia della volontà privata: il debitore può rinunciare in tutto o in parte al decorso dei termini, ma la sua rinunzia non può essere ammessa per un tempo eccedente il termine ordinario decennale (art. 127 CO), a prescindere dal termine considerato.

### 9. Perdita dell'azione e obbligazione naturale

Da non confondersi con la rinunzia, espressa o tacita, alla prescrizione (che è attualmente ammessa dopo che la prescrizione è compiuta, ma prima che sia definitivamente accertata, con la formulazione dell'eccezione, e corroborata da un giudicato) è l'ipotesi del pagamento spontaneo del debito prescritto, cioè del debito che non vincola sul piano giuridico: per il diritto italiano vigente, in ordine al debito già prescritto, il debitore non può più effettuare valida rinunzia (perché essa sarebbe tardiva), ma eventualmente effettuare un pagamento spontaneo (riconducibile, secondo l'opinione prevalente, alla figura dell'obbligazione naturale), *ex art. 2940 cod. civ. it.*

Sul piano della evoluzione storica di tali principi, sono necessarie alcune precisazioni. In primo luogo, nel silenzio delle fonti, occorre chiedersi quali conseguenze si potessero astrattamente produrre, nel diritto romano, una volta che il debitore avesse pagato spontaneamente, nonostante l'avvenuta prescrizione dell'azione spettante al creditore.

In linea teorica, al riguardo si possono ipotizzare tre differenti inquadramenti, tra lo-

M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958.

W. KOLITSCH, 'Praescriptio' und 'exceptio' ausserhalb des Formularverfahrens, in *ZSS*, LXXXIX, 1959, 265 ss.

F. DE MARINI AVONZO, *Giustiniano e le vicende della 'praescriptio centum annorum'*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 101 ss.

P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II voll., Padova, 1962-63.

G. GIANNOZZI, *Premessa storica allo studio della estinzione del processo per inattività delle parti*, in *Ius. Rivista di scienze giuridiche* XIV. 1-2, 1963, 164 ss.

U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965.

M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966.

D. NÖRR, *Die Entstehung der 'longi temporis praescriptio'. Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln-Opladen, 1969.

L. DI LELLA, 'Querela inofficiosi testamenti'. *Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972.

B. PARADISI, *Diritto canonico e tendenze di scuola nei glossatori da Irnerio ad Accursio*, 1965, ora in ID., *Studi sul medioevo giuridico*, II, Roma, 1987, 525 ss.

J. PARTSCH, *Die 'longi temporis praescriptio' im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906.

I. MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, Torino, 1906, 154 ss.

E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II.2, Firenze, 1925.

L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925.

L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*<sup>3</sup>, III, Milano, s.d.

P. BERETTA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in *RISG*, LXXXV, 1948, 353 ss.; LXXXVI, 1949, 305 ss.

V. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.

F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1949.

J. CARBONNIER, *Notes sur la prescription extinctive*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, L, 1952, 171 ss.

B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, con Note di C. FADDA, B. BENZA, I e IV, Torino, 1925.

F.P. BONIFACIO, *L'estinzione del giudizio per 'mors litis'*, in *AG*, CXLII, 1952, 34 ss.

E. NARDI, *Rapporti fra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale in diritto romano e vigente*, in *Studi parmensi*, V, 1955, 35 ss.

ro alternativi. O l'obbligazione si considerava estinta, a seguito della prescrizione dell'azione, e allora il debitore aveva effettuato un pagamento di indebito, di cui avrebbe potuto esigere la restituzione, dal momento che l'avvenuta prescrizione dell'azione lo rendeva retroattivamente privo di causa; ma ciò, sempre che tale indebito pagamento fosse stato effettuato erroneamente e accettato erroneamente, perché, altrimenti, se il *solvens* fosse stato consapevole dell'inesistenza del debito, si sarebbe piuttosto configurata una donazione, mentre se l'accipiente fosse stato consapevole di non essere creditore avrebbe commesso furto<sup>298</sup>. Altra possibilità era che il pagamento spontaneo, nella consapevolezza della prescrizione dell'azione, si dovesse considerare come rinuncia alla prescrizione (con la conseguenza che il debitore solvente non ne avrebbe potuto esigere la ripetizione). Oppure, infine, l'obbligazione sussisteva alla stregua di 'obbligazione naturale'.

Il dilemma, sul piano storico, è già stato segnalato con riguardo all'annualità delle azioni pretorie e nel XIX secolo ha costituito oggetto di un'accesa disputa dottrinale nell'ambito

<sup>298</sup> Tale conclusione si basa su D. 46.2.12 e D. 50.17.53.

della Pandettistica. Quanto al problema delle azioni pretorie annali di età classica, la maggioranza degli interpreti – su base testuale – ha asserito l'efficacia totalmente estintiva dell'annalità. Per quanto concerne invece la prescrizione trentennale da Teodosio II a Giustiniano, l'ambiguità delle fonti romane è maggiore. Così, si fronteggiano, e si bilanciano, due contrapposti orientamenti: rispettivamente, 1) efficacia estintiva assoluta della prescrizione, detta anche 'efficacia distruttiva totale' 2) diversità, rispetto all'antica annalità pretoria (caratterizzata da una 'efficacia forte', o 'distruttiva totale'), della nuova prescrizione legislativa, che avrebbe concepito il decorso del tempo come produttivo di una 'minore efficacia' estintiva, tale da lasciare sussistere una obbligazione naturale.

Nel corso del XIX secolo, sul tema si è sviluppata una complessa elaborazione dottrinale. Con riferimento all'ipotesi di inesistenza di obbligazione naturale, si è, per esempio, discusso sul modo in cui si dovrebbe eventualmente considerare estinta l'obbligazione a seguito di prescrizione dell'azione (l'estinzione si può ricondurre a remissione del debito tacita, oppure a una finzione di pagamento).

In favore della sussistenza di una obbligazione naturale si esprimono coloro che vor-

sitivo) con la *longi temporis praescriptio* (istituto processuale originariamente non romano).

La riforma di Teodosio II, che nel 424 d.C. introdusse una disciplina generale sulla prescrizione trentennale delle azioni reali e personali, mirava ad una rapida definizione dei rapporti giuridici. Giustiniano accolse in linea di massima il principio della generale prescrittibilità delle azioni, apportando solo alcune modifiche alle norme teodosiane.

#### BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae 1736 (rist. New York, 1975).

F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV-V, Berlin, 1841 (trad. it.: *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di V. SCIALOJA, Torino, 1893).

O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919 (rist. Frankfurt, 1984).

F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica*, Torino, 1892.

L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, Torino, 1903.

influssi esercitati dalla *longi temporis praescriptio*; tale evoluzione è alla base della dicotomia concettuale prescrizione estintiva-prescrizione acquisitiva.

Quando la *longi temporis praescriptio* fece il suo ingresso nell'ordinamento giuridico romano, essa si considerava opponibile solo all'azione di rivendica esercitata dal proprietario spossessato e all'*actio Serviana* esperita dal creditore pignoratizio per il conseguimento della *res obligata* in ipotesi di inadempimento del debitore, ma in progresso di tempo l'istituto fu esteso alle azioni personali, divenendo così di applicazione generalizzata. Quando poi alla *longi temporis praescriptio* si affiancò la *longissimi temporis praescriptio* costantiniana, sopravvennero altri mutamenti. Nel campo delle situazioni proprietarie, da una vicenda processuale del 339 d.C. si ricava che alla *longissimi temporis praescriptio* si attribuiva nella prassi carattere acquisitivo (del diritto sul bene controverso) e che dunque l'istituto, sorto nell'ambito del diritto processuale, era ormai transitato nell'alveo del diritto sostanziale. Questa commistione tra profili estintivi ed acquisitivi della *praescriptio* risultò accentuata dalla riforma giustiniana dell'usucapione, che fuse l'*usucapio* romana (antico istituto del diritto sostanziale, caratterizzato dal profilo acqui-

rebbero trovare nel diritto romano i precedenti storici di principi moderni, quale, per esempio, quello enunciato all'art. 2940 cod. civ. it. vig. («Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto»), dove tuttavia è dubbio se per 'debito prescritto' debba attualmente intendersi il debito per il quale semplicemente sia decorso il termine di prescrizione dell'azione, o solo il debito prescritto per cui sia stata fatta valere la prescrizione con l'apposita eccezione, poi convalidata, nella sua fondatezza, da un giudicato, oppure entrambi. Secondo un orientamento diffuso, solo dopo l'opposizione della prescrizione, accolta da un giudicato, può configurarsi l'ipotesi di 'adempimento di un debito prescritto', cui sarebbe riferibile la disposizione di cui all'art. 2940 cod. civ. it. vig.

Sorge a questo preciso riguardo la questione – a lungo dibattuta anche dalla dottrina civilistica italiana, ma ora pressoché pacificamente risolta in senso affermativo, in opportuna considerazione dell'inequivoca formulazione di cui all'art. 2940 cod. civ. – se l'adempimento del debito prescritto si possa inquadrare nella figura dell'obbligazione naturale.

Sotto il vigore dell'abr. cod. civ. del 1865, in Italia la disputa sulla dubbia configurabilità del pagamento spontaneo del debito prescritto alla stregua di obbligazione naturale si giustificava pienamente, per la mancanza di una disposizione quale quella ora prevista all'art. 2940 cod. civ. vig. La discussione si era perciò incentrata sulla dubbia applicabilità, alla fattispecie del pagamento spontaneo del debito prescritto, dell'art. 1237, comma 2, cod. civ. abr. (relativo alla irripetibilità di quanto pagato in adempimento di obbligazioni naturali), dove però la ripetizione era esclusa solo riguardo alle obbligazioni naturali che si fossero «volontariamente» soddisfatte: tale precisazione implicava che il *solvens* avrebbe potuto chiedere la ripetizione qualora avesse ignorato di non essere civilmente obbligato (il che praticamente valeva a circoscrivere l'applicazione della norma all'ipotesi di prescrizione giudizialmente già accertata). D'altra parte, da taluni si osservava che, in caso di pagamento 'volontario' del debito prescritto (senza accertamento giudiziale), l'obbligazione di pagamento non si era mai estinta, perché la prescrizione opera solo a richiesta del debitore: tale pagamento, più che all'adempimento di una obbligazione naturale, sembrava integrare una rinuncia (*ex art. 2111 cod. civ. abr.*: «La rinun-

'prescrizione dell'azione giacente' ed 'estinzione del giudizio': la perenzione triennale estingueva il giudizio, ma non il diritto di riproporre l'azione entro il termine trentennale, decorso il quale la prescrizione dell'azione avrebbe implicato l'estinzione del diritto all'azione, mentre la prescrizione quarantennale dell'azione intentata e poi abbandonata comportava l'estinzione tanto del giudizio, quanto del diritto sottostante, così come la prescrizione trentennale dell'azione mai promossa produceva l'estinzione del diritto.

La prescrizione (intesa come perdita dell'azione per decorso del tempo) fu già prevista nel processo formulare romano dell'età repubblicana, in relazione ai rimedi di creazione pretoria. Le azioni onorarie furono infatti prevalentemente annali, ma in ordine alle azioni civili continuò ad applicarsi la regola tradizionale della perpetuità del loro esercizio. In età imperiale, le esigenze della certezza dei rapporti giuridici e del miglioramento dell'amministrazione della giustizia indussero all'ampliamento e alla precisazione delle regole sulla prescrizione, specie con riguardo ai giudizi sugli *status* personali. In altri ambiti, nel diritto romano dell'età tardo-classica gli effetti estintivi relativi alla perdita dell'azione presero ad intrecciarsi con i profili acquisitivi, per gli

da intelaiatura, su cui si è poi edificata la legislazione del V e VI secolo d.C.

### ABSTRACT

Il diritto romano non è mai approdato ad una configurazione concettuale organica, né ad una formula terminologica unitaria per il fenomeno giuridico della perdita dell'azione per il decorso del tempo (prescrizione), figura le cui origini risalgono alla *longi temporis praescriptio*, e dunque all'ambito – non certo genuinamente romano – delle province orientali dell'Impero.

Nella più antica storia del nostro diritto privato manca perciò anche una chiara delimitazione tra la figura in oggetto e altri istituti, che si sono andati delineando più chiaramente in età moderna, quali la decadenza, l'estinzione del giudizio civile e l'immemorabile; ciononostante, nelle fonti romane sono copiosi i precedenti di tali concetti, specie tra le escogitazioni pretorie e poi nelle costituzioni imperiali volte al contenimento dei tempi processuali. Inoltre, dalle regole operative sancite nel diritto giustiniano emerge la percezione di una distinzione concettuale tra

zia alla prescrizione è espressa o tacita: la rinunzia tacita risulta da un fatto, il quale sia incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione»).

Il legislatore del 1942 ha notevolmente chiarito e semplificato la materia, introducendo una norma specifica sul pagamento del debito prescritto, al già citato art. 2940 cod. civ., che riconduce la regola della irripetibilità al pagamento «spontaneamente» (e non 'volontariamente') effettuato; in tal modo, si è fatto cadere il requisito della consapevolezza, da parte del *solvens*, del pagamento di una obbligazione non civile. Permane, tuttavia, qualche perplessità sull'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 2940 cod. civ. Come si è accennato, la dottrina maggioritaria, considerato che il legislatore ha previsto la *soluti retentio*, fa rientrare la figura in esame tra le obbligazioni naturali. Secondo un altro orientamento, però, l'assimilazione avrebbe solo carattere classificatorio, perché con l'art. 2940 cod. civ. si sarebbe introdotta una disciplina particolare per il debito prescritto. Si ripropongono, al riguardo, le note, insolute questioni sulla natura dell'inadempimento: anche la giurisprudenza si è talora mostrata proclive a qualificare come negozio giuridico l'adempimento del debito prescritto (assimilando co-

si la figura all'obbligazione naturale), mentre in altri casi ha assimilato il pagamento del debito prescritto al comune adempimento (in tal modo attribuendo a tale figura la natura di atto giuridico in senso stretto). La disputa non è priva di implicazioni pratiche: la teoria negoziale rende rilevante l'incapacità di agire del *solvens*, mentre la dottrina dell'atto in senso stretto (atto dovuto), seguita dalla Corte di Cassazione, considera ovviamente irrilevante tale incapacità,

In Germania, nei primi anni del Novecento, immediatamente dopo l'entrata in vigore del BGB, il dibattito ha assunto caratteri di estrema complessità, per l'ambiguità della disciplina tracciata dal codice, dove al § 222 si è disposta l'irripetibilità di quanto si sia pagato in forza di un debito prescritto, anche quando il debitore ignori l'avvenuta prescrizione, e al § 814 si è esclusa la ripetizione anche quando il pagamento sia fatto per un semplice dovere morale o di convenienza: se ne è complessivamente ricavato che dopo la prescrizione del debito resta un semplice dovere morale e di convenienza. Il problema è che la regola codicistica, secondo cui il debitore che ha pagato dopo la prescrizione non può ripetere quanto ha prestato, nell'opinione di parte della dottrina non prova affatto l'esistenza di una ob-

istanze del tutto eterogenee, rispetto a quelle dei contesti originari. È comunque innegabile il prezioso apporto della Pandettistica all'approfondimento dell'assetto giustiniano dell'istituto, all'interno del quale sono stati evidenziati con maestria i punti nodali della materia, che è stata poi consegnata, organizzata e finemente rielaborata, ai codificatori di fine Ottocento.

In generale, va osservato che la regolamentazione moderna e contemporanea della prescrizione non presenta punti di contatto con le prescrizioni sorte nell'alveo delle procedure formulari, mentre risulta in numerosi punti, e in modo immediato, evidente la derivazione dalla disciplina giustiniana, anche se questa appare significativamente filtrata attraverso le successive esperienze. Ciò significa che la disciplina attuale risente in maniera più visibile e diretta delle costituzioni imperiali del Tardo Impero (prevalentemente ispirate dall'esigenza di dare risposte alle istanze della prassi), che non del pensiero giurisprudenziale classico, prevalentemente incentrato sulle prescrizioni delle procedure formulari. Non si deve però dimenticare che gli schemi concettuali e la sistemazione scientifica risultanti dalla elaborazione dei giureconsulti romani dell'età classica hanno costruito la fitta e soli-

estintivo radicale dell'obbligazione, o se tale effetto estintivo colpisse solo l'obbligazione civile, lasciando in vita l'obbligazione naturale. Tuttavia, il primo tentativo di studio scientifico razionale, sviluppato attraverso l'isolamento e la differenziazione delle varie figure in cui poteva articolarsi l'antico concetto unitario di prescrizione, sembra risalire a Donello<sup>303</sup>.

Le fonti romane sul tema della perdita dell'azione civile per decorso del tempo hanno stimolato in modo notevole – e fortemente innovativo – l'interesse della corrente dottrinale della Pandettistica tedesca, che, tra la seconda metà del XIX secolo e i primi anni del XX secolo, ha condotto uno studio approfondito del diritto romano giustiniano sul tema in oggetto. Ma, in quanto animato da ragioni squisitamente pratiche, quale l'elaborazione di un sistema scientifico del diritto dell'età moderna, quello studio si è talora avvalso solo strumentalmente delle fonti romane, citandole non sempre a proposito, o ispirandosi assai liberamente al loro contenuto, in qualche caso procedendo a letture visibilmente forzate del dettato originario, al fine di piegare lo spirito genuino dei testi a esigenze e a

<sup>303</sup> C. FADDA e P. E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Il diritto delle Pandette*, cit., IV, 581.

bligazione naturale. Si discute, inoltre, se tale regola si applichi al pagamento spontaneo intervenuto semplicemente dopo il compimento della prescrizione, o solo dopo che il debitore sia convenuto in giudizio e assolto, dopo avere eccepiuto la prescrizione.

Nell'ambito di questa problematica, per fornire una giustificazione storica della disciplina del debito prescritto nel BGB (le cui scelte non sono dissimili rispetto a quelle del legislatore italiano), nei primi anni del Novecento, in Germania, si sono messe a confronto le discipline antiche con quelle moderne della prescrizione. E, in relazione alla prescrizione del debito (e alla perdita dell'azione per decorso del tempo), si è considerato che già nell'esperienza giuridica romana si erano profilate due possibili scelte opposte: quella di considerare il tempo come 'distruttore' dei rapporti giuridici (concezione che produce la prescrizione con l'effetto forte' di travolgere insieme azione processuale e diritto sostanziale) e l'altra, secondo cui il tempo non intacca affatto i rapporti giuridici. Nel codice civile germanico – si concludeva – sulla base del diritto romano giustiniano è poi prevalsa una via di mezzo, vale a dire la configurazione di una prescrizione a effetto limitato, o 'più debole', in base alla quale la perdita dell'azione

(profilo processuale) non implica il venir meno della pretesa (sul piano del diritto sostanziale), che sopravvive nella forma 'degradata' o 'affievolita' dell'obbligazione naturale.

I termini di questa polemica trovano però assai scarso riscontro nelle fonti romane pervenuteci, specie per quanto concerne l'ipotesi della nascita di una obbligazione naturale. In nessun luogo si afferma esplicitamente un *natura debere* a carico del debitore, dopo la perdita dell'azione a danno del creditore.

Si è invocata, al riguardo, la possibilità di una 'applicazione analogica' di D. 46.1.8.3, in cui si afferma la sussistenza dell'obbligazione naturale dopo che sia intervenuta la consumazione processuale per *litis contestatio*; o di D. 12.2.60pr., dove l'obbligazione naturale è ricondotta alla emanazione di una sentenza di assoluzione ingiusta, o infine di D. 46.8.8.1, da cui risulta che a seguito della *mors litis* si riteneva perdurante una *naturalis obligatio*. Ma questa costruzione si rivela evanescente<sup>299</sup>, perché l'ipotesi di una estensione delle soluzioni ora ricordate alla prescrizione delle azioni risulta corroborata, con riferimento all'età giustiniana e immediatamente prece-

<sup>299</sup> Vd. a tale riguardo M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 262.

lentemente, sulla falsariga della regolamentazione teodosiana e giustiniana. Un ruolo fondamentale nell'evoluzione del pensiero giuridico in materia di perdita dell'azione fu svolto, nell'età di mezzo, dalle disposizioni canoniche e dalla dottrina, in sede di applicazione della prescrizione estintiva a favore della Chiesa, già disposta da Giustiniano, benché in questa epoca il profilo estintivo si prospettasse ancora fittamente intrecciato con gli aspetti acquisitivi della prescrizione: nel XIII secolo, la linea di demarcazione tra le due figure (usucapione e prescrizione delle azioni) era ben lungi dall'essere individuata e definita.

La svolta determinante verso una più lucida demarcazione della prescrizione estintiva va vista, probabilmente, nel denso lavoro svolto dai dottori medioevali sulla legislazione statutaria: fondamentale, in particolare, fu il dibattito sulla prescrizione prevista negli ordinamenti comunali, nei nuovi termini in cui la questione fu posta da Giovanni d'Andrea e da Bartolo da Sassoferrato<sup>302</sup>: al vecchio quesito, se la prescrizione estinguesse solo l'azione o anche il diritto sottostante, si affiancò la questione se la prescrizione dispiegasse un effetto

<sup>302</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria a D. 1,1,9 «omnes populi»*, I, Venetiis, 1585, fol. 10 b.

un debito per cui si sia prescritta la relativa azione fosse dai Romani concepito come donazione; ma questa si può reputare come una conseguenza logica, se si considera estinto – insieme all'azione processuale – anche il diritto di credito. Certamente i bizantini, ma probabilmente già i giuristi classici<sup>301</sup>, concepirono il pagamento cosciente del debito prescritto come una donazione, ma nessun testo applica tale costruzione al pagamento del debito per cui si sia prescritta l'azione.

È questa, probabilmente, una delle conseguenze della mancata definizione, ancora nel diritto giustiniano, dell'ambiguo rapporto tra prescrizione dell'azione e prescrizione (estinzione) del diritto.

#### 11. Il percorso verso la disciplina moderna della 'prescrizione dell'azione'

Dopo la conclusione dell'esperienza giuridica romana (VI sec. d.C.), il problema della prescrizione estintiva, nel significato specifico di 'perdita dell'azione per decorso del tempo', continuò ad essere affrontato, almeno preva-

<sup>301</sup> D. 50.17.53: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.*

dente, da un solo indizio: la comprovata vigenza, nel Tardoantico, del principio di sopravvivenza delle garanzie (almeno di quelle reali) rispetto al debito prescritto. Si è infatti osservato che se le garanzie reali sopravvivono al debito prescritto, ciò non può giustificarsi se non con l'esistenza di una obbligazione naturale al riguardo, dal momento che la garanzia persiste solo finché perdura l'obbligazione.

Ora, che i bizantini interpretassero la sopravvivenza della garanzia rispetto al debito estinto in chiave di permanenza di mera obbligazione naturale è un dato che effettivamente si evince da D. 36.1.61(59)pr. (...*remaneat ergo propter pignus naturalis obligatio...*) e da D. 46.1.60 (*ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit*), testi entrambi classici, ma tradizionalmente sospettati di tardo rimaneggiamento. Va precisato, tuttavia, che il principio della sopravvivenza della garanzia (reale) al debito estinto non è una creazione giustiniana: già il diritto classico prevedeva la possibilità che la garanzia sopravvivesse al debito estintosi pure per cause diverse dalla prescrizione. «L'accessorietà del pegno – come pure della fideiussione e del *constitutum debiti* – è genetica, non funzionale; quindi non esclude che la garanzia

permanga in certi casi, ove per il creditore rappresenti ancora un'utilità per essere egli rimasto privo del credito ma insoddisfatto»<sup>300</sup>.

In definitiva: è dubbio se la configurazione in termini di obbligazione naturale della sopravvivenza della garanzia, dopo l'estinzione del debito, sia di matrice classica, o frutto di una tendenza affermata successivamente. Certo è che tale inquadramento fosse accolto dai bizantini. È possibile, e astrattamente verosimile, che la figura della obbligazione naturale nel diritto giustiniano venisse applicata anche all'ipotesi, assai simile, dello spontaneo pagamento dopo la prescrizione dell'azione spettante al creditore, ma siffatta soluzione non è attestata in alcuna delle fonti pervenuteci. Questo ulteriore passo non ci risulta essere stato compiuto nel diritto romano; è forse da ascrivere solo agli interpreti successivi, dunque ai dottori del diritto comune, e certamente a parte della dottrina tedesca del primo Novecento, che, sviluppando la disciplina giustiniana, e nello spirito di quel sistema, hanno identificato nel debito prescritto una obbligazione naturale.

<sup>300</sup> M. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., 264.

10. Perdita dell'azione, pagamento indebito, donazione

Se invece inquadriamo come *solutio indebiti* il pagamento del debito in un momento successivo, rispetto alla prescrizione dell'azione spettante al creditore, dobbiamo necessariamente ricondurre alla perdita dell'azione l'estinzione del diritto (sostanziale) sottostante.

Ben diversamente si configurava l'ipotesi che il debitore, convenuto in giudizio dal creditore dopo il compimento della prescrizione, non sollevasse eccezione: dal momento che la perdita dell'azione non poteva essere rilevata d'ufficio, il debitore avrebbe subito una sentenza di condanna e sarebbe stato tenuto al pagamento, in virtù di una obbligazione (valida) nascente dal giudicato.

L'ipotesi del pagamento indebito va invece ricondotta ad una prescrizione eccepita dal convenuto e corroborata dal giudicato. Il problema è dunque quello delle conseguenze prodotte dal pagamento (erroneo) di un debito in relazione al quale la prescrizione dell'azione sia già stata giudizialmente accertata.

Dalle fonti romane non risulta affrontata la questione se il pagamento consapevole di